

**LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EL ORDEN PÚBLICO
EN LOS CONVENIOS REGULADOS
POR EL ART. 236 DEL CÓDIGO CIVIL**

*por: Silvia Escobar*¹

¹ Juez Sustituta del Juzgado de Familia y Menores de la ciudad de Goya (Corrientes)

ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO-----	3
MARCO GENERAL -----	5
INTIMIDAD Y AUTONOMÍA -----	8
AUTONOMÍA Y ORDEN PÚBLICO -----	10
ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL ART. 236 –ANTECEDENTES-----	16
Voluntariedad -----	16
Falta de acuerdo -----	16
Eficacia de los acuerdos realizados -----	17
NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONVENIOS DEL ARTÍCULO 236-----	19
CONVENIOS CON CONTENIDO PATRIMONIAL – LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL ---	22
CONVENIOS SIN CONTENIDO PATRIMONIAL – ASPECTOS PERSONALES. -----	36
LOS CONVENIOS CELEBRADOS EN CORRIENTES EN EL MARCO DEL ART. 236 CÓD. CIV. -----	55
CONCLUSIONES FINALES-----	57
BIBLIOGRAFÍA -----	62
APENDICE -----	64

PRÓLOGO

El trabajo investigativo que presento, ha tenido por objeto de estudio aquel principio básico del derecho privado, cuyo origen se remonta a la filosofía kantiana y que conocemos con el nombre de Autonomía de la Voluntad. Este antiguo principio, prohijado en la libertad de las convenciones y profusamente estudiado por la doctrina jurídica, se presenta con ribetes particularísimos en el derecho que regula a la familia; y fueron justamente éstas singularidades, las que de modo especial quise estudiar y desarrollar en el presente.

Este trabajo no pretende de ningún modo abarcar todas las connotaciones que la teoría de la autonomía de la voluntad pueda tener en el derecho de familia, ni siquiera en el derecho positivo de nuestro país; sino sólo aquellas que se vinculan a las libres convenciones que los cónyuges pueden celebrar en el marco de un juicio de divorcio por presentación conjunta.

Es mi pretensión, echar luz, sobre aquellas convenciones que en el marco aludido, nuestra ley propicia a través de su artículo 236, y verificar, a la luz de esa norma y de las demás normas del Código Civil; de qué manera, y con qué límites, las partes pueden regular sus propias relaciones jurídicas –familiares- a partir de sus libres voluntades.

Si la tarea no resulta sencilla en el campo de las relaciones meramente patrimoniales, en que la doctrina de la autonomía de la voluntad se encuentra cuestionada; aún mayor es el desafío en una rama como la del derecho de familia, caracterizado por normas de marcado corte imperativo e indisponibles y con un enorme predominio del interés social –o familiar- por oposición al interés individual.

El estudio, no sólo abordará las relaciones interpersonales de los cónyuges en proceso de ruptura vincular y los efectos de sus acuerdos en el orden económico, sino también aquellos derivados de la patria potestad, haciendo especial hincapié en las relaciones de tensión que pueden surgir a partir de convenciones que por una parte, sean el ejercicio legítimo de la autoridad de los padres y de la autonomía de éstos para decidir cómo solucionar sus conflictos familiares; y por

otra, sean la vulneración de los derechos de la minoridad, cuyos intereses son hoy reinterpretados u observados desde un nuevo enfoque y a partir de las reformas introducidas en la Constitución de nuestro país y en Tratados Internacionales. Todas estas cuestiones, enriquecerán el tratamiento de este “capítulo de la libertad individual”, y aspiran a aportar no sólo ideas nuevas a partir de un dogma antiguo, sino fundamentalmente soluciones; soluciones que sean capaces de equilibrar las fuerzas en pugna, individuales y públicas y de dar respuestas eficaces a las crisis familiares, cuya litigiosidad quiso atemperar el art. 236 del Código Civil.-

MARCO GENERAL

Comienzo el estudio de la temática propuesta, partiendo de la norma constitucional sobre la cual reposa la intimidad y la autonomía individual. En este sentido nuestro más alto tribunal nacional oportunamente ha expresado, que el artículo 19 de nuestra ley fundamental, otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros.

“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe” (art. 19 C.N.)

La CSJN ha señalado que el art. 19 “protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo”²

La norma constitucional de referencia, al decir que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados “concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida de cuanto les es propio. Ha ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad; y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos conlleva la de reaccionar u oponerse a todo

² CSJN, “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S. A. s/ daños y perjuicios”, Fallos 306:1892

propósito, posibilidad o tentativa por enervar los límites de esa prerrogativa.”³
Siguiendo estos parámetros, puedo afirmar que “el principio de autonomía de la voluntad es una de las facetas del amplio radio de acción de la libertad de intimidad. En el ámbito del derecho privado, aquello que caracteriza a la autonomía de la voluntad es la disponibilidad respecto del contenido de la relación jurídica; es decir, la posibilidad para las partes de determinar libremente sus derechos y obligaciones, cuya concreción legal en nuestro Código Civil puede hallarse en la norma del art. 1197.”⁴

“Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma” (art. 1197 Cód. Civ.)

Sobre éstas normas reposa todo el andamiaje positivo de la mentada autonomía de la voluntad, a la que la doctrina francesa le atribuye ser *“uno de los fundamentos del orden civil”*⁵.

El antecedente de nuestro artículo 1197, es el art. 1134 del Código Francés según el cual:

“les conventions legalmente formées tiennent lieu de loi a ceux qui les ont faites”

“Las convenciones legalmente formadas tienen lugar de ley entre quienes las han hecho”

Siguiendo al Dr. Marco Aurelio Risolía en su tesis doctoral⁶, afirmamos que la hermenéutica más sensata de esta norma que sirvió de referencia a la nuestra, se encuentra en Demolombe, quien aclaraba que la finalidad de la fórmula no estribaba en erigir a la convención privada en una ley propiamente dicha, sino expresar de manera enérgica el lazo que resulta de ella para las partes, es decir,

³ CSJN, 6-4-93, “Bahamonde, M. s/ Medida Cautelar”, L.L. 1993-D-125

⁴ Gil Domínguez, Andrés; Fama, María Victoria; Herrera, Marisa, Derecho Constitucional de Familia, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 2006, Pág. 246

⁵ Cornu, Gerard, Droit Civil. Introduction, les personnes, les biens, Paris, 1985, N° 289

⁶ Risolía, Marco Aurelio, Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958, págs. 51 y ss.

que las partes están ligadas por su consentimiento, tan rigurosamente como lo estarían por la voluntad del legislador.

“Esa equiparación de la eficacia jurígena de los pactos contractuales a la de la ley no fue extraña al pensamiento de Rousseau, quien consideraba a las convenciones “base de toda autoridad legítima entre los hombres”: el pacto, pues, con fuerza suficiente para justificar la organización misma de la sociedad, debía tener también energía bastante como para obligar a los sujetos de Derecho en la medida y extensión de lo acordado. Kant –muerto en 1804, el mismo año inicial de la vigencia del Cód. Francés- predicaba a su vez que, “cuando alguien decide algo con respecto a otro, es siempre posible que cometa cierta injusticia, pero toda injusticia es imposible cuando decide para sí mismo”⁷

INTIMIDAD Y AUTONOMÍA

Decía antes, que la autonomía de la voluntad se encuentra comprendida dentro del amplio radio de acción de la libertad de intimidad, siendo ésta última la que permite el ejercicio de la primera. Por ello, resulta necesario desde una perspectiva constitucional, determinar el contenido y naturaleza de la intimidad.

Podemos partir de dos corrientes de opinión. Una de ellas entiende a la intimidad como todo aquello que no trasciende al exterior y que no puede ser conocido por los terceros.

Bidart Campos⁸ sin embargo, rechazando esta corriente, expresa que también existen muchas conductas que se exteriorizan y al mismo tiempo pertenecen al ámbito de la intimidad. En tal sentido nos da ejemplos, diciendo que es propio de mi intimidad dejarme crecer la barba o usar el cabello largo. A estas conductas que no comprometen a terceros las denomina autorreferente.

⁷ Atilio A. Alterini, Roberto M. López Cabana, La autonomía de la voluntad en el contrato moderno, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, Pág. 9

⁸ Bidart Campos, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, t. I-B, pág. 51

En la proyección social de la persona, en el ámbito de la familia o fuera de ella, señala que cuando ésta entabla relaciones con otra u otras también puede poner en ejercicio su intimidad.

La libertad de intimidad reconocida constitucionalmente "...no se agota en el reconocimiento de un ámbito de protección de conductas individuales. Parece quedar fuera de discusión, en efecto, que cabe incluir dentro de los que llamamos "intimidad" a aquellas conductas privadas que pueden compartir dos o más sujetos por ejemplo, en el marco de una relación personal, en el contexto de una relación profesional, en el seno de la familia..."⁹

"La intimidad y la autonomía personal no son espacios reservados a la soledad de una persona, sino que muchas veces la intimidad y la autonomía también se configuran en contacto con terceros. Sin duda, las relaciones familiares constituyen el seno o el ámbito donde la intimidad y la autonomía se exteriorizan y expanden de una manera muy singular"¹⁰

El derecho a la intimidad puede ser calificado como una condición esencial a la persona, con idéntico alcance y valoración que los derechos a la vida, al honor y a la libertad.

El derecho a la intimidad preserva la vida privada con alcance particular, familiar y principalmente espiritual, tutelando a las personas tanto en sus expresiones como en sus vínculos.

En los términos señalados, el influjo de la libertad de intimidad es enorme y de allí que la autonomía de la voluntad sea una de las tantas proyecciones de esa libertad.

La vinculación de la persona con el mundo social, puede impactar en el interior de la dinámica familiar. En este ámbito podemos distinguir las relaciones intrafamiliares de las relaciones extrafamiliares. Las primeras son las que se desarrollan dentro del mundo privado que conforma la familia y que se integra con

⁹ Gil Domínguez, Andrés; Fama, María Victoria; Herrera, Marisa, "Derecho Constitucional de Familia", Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 2006, Pág. 220

¹⁰ Lloveras Nora-Salomón Marcelo, "El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional", Pág. 273

miembros de la misma; mientras que las segundas se proyectan desde la familia hacia fuera.

Entre las primeras se encuentran las relaciones personales-patrimoniales entre cónyuges o convivientes de hecho y las relaciones entre padres e hijos; que son en definitiva las que nos interesan a los efectos del presente trabajo.

AUTONOMÍA Y ORDEN PÚBLICO

La intimidad y la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares nos enfrentan a la cuestión de sus límites. Se traza así una línea de frontera que separa la intimidad o autonomía de las limitaciones legales.

Otra vez Bidart Campos¹¹, afirma que la Constitución tiene fuerza normativa en su integridad, en todas sus partes. Que la misma norma fundante del orden jurídico del Estado es el eje imperativo de todo el ordenamiento jurídico-político. En consecuencia, la Constitución es derecho público, no dispensable por nadie.

Tradicionalmente se ha entendido que las normas del derecho de familia están predominantemente conformadas por reglas de orden público inexcusables, cuyo contenido se encuentra predeterminado y se funda en el carácter institucional de la familia¹². Sin embargo se advierte cada vez con mayor fuerza, una creciente receptividad de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares. “Existen zonas de la vida familiar que el derecho cubre y regula, y otras en cambio, que abandona a la espontaneidad de los comportamientos individuales o a otro tipo de reglas, menos rigurosas que las jurídicas”¹³

“En la búsqueda del bien común, a través del proceso reglamentario, el Parlamento puede hacer uso de un instrumento clave para asegurar

¹¹ Bidart Campos, Germán J., “El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa”, Buenos Aires, Ediar, 1995

¹² Gil Domínguez, Andrés; Fama, María Victoria; Herrera, Marisa, “Derecho Constitucional de Familia”, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 2006, Pág. 246

¹³ Szyłowicki, Susana; Comentario a fallo publicado en Derecho de Familia 15-222

determinados mínimos que deben ser cumplidos por la comunidad. Ese instrumento es la calificación de orden público que se hace sobre una ley.

Al elevar a la categoría de orden público una norma, se busca asegurar el cumplimiento de los fines propuestos respecto de una institución o conducta trascendente para la sociedad.

Las consecuencias del orden público en la reglamentación de derechos son: limitar la autonomía de la voluntad, por cuanto importa la imperatividad de la norma de orden público; producir la irrenunciabilidad de los derechos incluidos en la norma de orden público y declarar la ineficacia de los actos contrarios a la normativa de orden público”¹⁴

Desde una perspectiva, el orden público comprende el conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe transigencia ni tolerancia, por afectar a los principios generales de una sociedad o a las garantías precisas y de su existencia.¹⁵

El orden público constituye el límite infranqueable por la voluntad individual.-

Evidentemente, la inderogabilidad de la ley es el obstáculo insalvable que el orden público pone a la soberanía de la voluntad individual única o concertada.

Es lo que dispone el art. 21 del Código Civil.

“Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.” (Art. 21 Cód. Civ.)

Por ello, es posible afirmar que entre los conceptos de orden público y autonomía de la voluntad existe una función inversamente proporcional.

Si se aumenta el contenido y alcance del orden público, se disminuye el poder de decisión individual, la potestad de actuación de la autonomía de la voluntad y

¹⁴ Lloveras Nora-Salomón Marcelo, “El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional”, Pág. 71

¹⁵ Dalla Via, Alberto R., “Relevancia del orden público en la afirmación de la autonomía personal, JA, 1998-III-1093, Lexis N° 0003/000523

viceversa, si se contrae el contenido de los principios de orden público, se agiganta el campo de decisión individual autónoma.

El orden público, como lo señalara Guillermo Borda, es un concepto de gran complejidad "...que ha desesperado a los jurisconsultos que se han preocupado sobre el tema..."¹⁶. Muchos autores se han confesado vencidos ante la imposibilidad de una definición. Otros han optado por dejarlo librado a la "intuición del intérprete", y Murlon ha emitido un juicio audaz, pero gráfico, al sostener, que el orden público "más se siente que se define".

Quizás la complejidad provenga de obsesionarse con una definición terminante y clara, por ello hemos preferido soslayar la conceptualización, y partir de los efectos que trae aparejado la decisión política de bautizar a una norma como de "orden público".

Lo cierto es que el orden público aparece, en lo que nos interesa en el Derecho de Familia, como una institución destinada a limitar la autonomía individual en algunos aspectos de la realidad jurídica que el derecho estatal considera esenciales y en los que cree indispensable prescribir un contenido determinado que se impone desde un poder heterónimo, mediante una norma que se reputa como derecho imperativo (*ius cogens*).

El art. 21 del Cód. Civil antes enunciado, que es una transcripción del art. 5 del Código de Napoleón, establece que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público y las buenas costumbres. Por lo tanto, lo único que sabemos con certeza es que el orden público afecta al objeto mismo del orden jurídico imponiéndole, un contenido en aquellos actos en los que la sociedad está interesada en fijar una tendencia.

¹⁶ Borda, Guillermo, "Concepto de ley de orden público", LA LEY, 58-997.

La institución del orden público, entonces, aparece vinculada al objeto del acto y estructurada, en líneas generales, para marcar aquellos temas que interesan a la sociedad toda, que comprometen sus bases y que no pueden quedar sometidos a la autonomía de los particulares.

El Derecho de Familia toma esta institución y erige toda una sistemática con particularidades propias, que se ha dado en llamar "orden público familiar" y que está destinado, a protegerla de los posibles abusos que la voluntad individual podría ocasionar en los derechos de terceros.

Ahora bien, ¿cuándo las fuerzas del orden público en pugna con la autonomía personal deben prevalecer sobre ésta o viceversa? La cuestión se vincula con la "cosa política" o cosa pública (pues de la cosa pública se trata y al concepto de "orden público" no se lo puede despojar de esta connotación necesaria). Es decir, si la norma que limita la autonomía aludida, lo es en función de una realidad social dada, que justifica tal limitación, en tanto el interés particular, de no ser restringido, comprometería el modelo de sociedad democrática o conculcaría el derecho de un tercero. En este sentido se han expresado Dutto y Feldman en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 2003 "La formulación internacional y conceptual reseñada rechaza la idea de limitación a la extensión y ejercicio de un derecho humano sin una estricta necesidad de ello, y esta necesidad recién aparece cuando la configuración de ese derecho compromete o pone en vilo el modelo de sociedad democrática. La mera afectación de algún interés particular que no implique la perturbación o conculcación de un derecho humano de un tercero no da lugar a ejercer la limitación al ejercicio de otro derecho humano"¹⁷

A estos temas tan complejos de la autonomía familiar se refiere Bidart Campos cuando expresa: "Es este el difícil dilema entre "libertad-autonomía" e "intervención estatal" o, simplificando los términos, entre libertad y poder. Es claro

¹⁷ Dutto, Ricardo J. y Feldman, Gustavo E., Ponencia sobre "La inconstitucionalidad del plazo legal de espera del divorcio por separación de hecho con fundamento en la supremacía legal de las Declaraciones, Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, incorporados a la Constitución Nacional en 1994" XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 2003

que ni a la libertad ni al poder hay que minimizarlos ni absolutizarlos; dejar espacios exigüos a la libertad es malo, como lo es también apocar al Estado en una retaguardia de mínima; exagerar la libertad en correlatividad con el estado mínimo que solamente vigila, es ignorar que la convivencia social nos impone limitaciones (y cuando decimos “convivencia social” aludimos al orden, a la moral pública, a los derechos de los demás); agrandar las competencias intervencionistas del Estado en reciprocidad al reduccionismo de la libertad se arrima demasiado al paternalismo. En suma: *de libertad lo más posible; de Estado solamente lo necesario*¹⁸

Este criterio es el que nos induce a creer que el art. 19 de la Constitución Nacional se comporta como dos platos de una balanza, de un lado el derecho a la intimidad y la autonomía de la voluntad, del otro la moral pública, el orden y los derechos ajenos. El justo balance entre ambos determinará el alcance de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia. En este sentido, los tratados internacionales incorporados a nuestro derecho por medio del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, deben ser considerados un límite a la autonomía de la voluntad de los padres en las relaciones de familia. El funcionamiento de la familia, pues, encontrará sus límites en aquellos derechos que aseguren imperativamente la solidaridad, la igualdad efectiva entre sus miembros, la responsabilidad y la protección al más débil¹⁹.

ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL ART. 236 -

ANTECEDENTES

Voluntariedad

¹⁸ Bidart Campos, German J. “Intimidad y autonomía de la voluntad en el derecho de familia: ¿Para que, hasta donde, con que alcance” en Derecho de Familia Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Nº 15, p.9. Abeledo Perrot, octubre de 1999

¹⁹ Arianna, Carlos Alberto, op.cit, p. 14

La norma en estudio, a diferencia de los modelos extranjeros que exigen que los pedidos de divorcio o separación personal vengan acompañados de convenios sobre tenencia, visitas, atribución del hogar conyugal, alimentos y liquidación de sociedad conyugal, establece que ello es facultativo para las partes.

Por dos veces, dice el art. 236, primero genéricamente, que: *"La demanda conjunta podrá contener acuerdos"*, y luego específicamente para la sociedad conyugal: *"También las partes podrán realizar los acuerdos que consideren convenientes acerca de los bienes de la sociedad conyugal"*.

Es decir, las partes pueden o no expresar su acuerdo en la materia ya en el escrito inicial solicitando conjuntamente la separación personal o el divorcio.

Falta de acuerdo

Esta expresión que diera lugar a disidencias en el plenario de las Cámaras Civiles "Peretti c. Campos"²⁰, y a divergencias con la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires²¹, estribaba en que el art. 67 bis de la ley 2393 (Adla, XXVIII-B, 1799) no decía que las partes podían realizar estos acuerdos antes de la sentencia, sino que sólo decía que *"si no hubiese acuerdo"* la liquidación tramitará por vía sumaria. De allí, inferían unos que los acuerdos estaban permitidos desde el escrito de presentación conjunta, y otros que lo único que quería decir el artículo era cual sería la vía para discutir la cuestión si no había acuerdo, pero éste sólo se podía pactar después de disuelta la sociedad conyugal.

Esta discusión ha quedado resuelta, porque el art. 236 contempla la posibilidad de hacer los convenios junto con la demanda, y la discrepancia eventual se resuelve por la misma vía que la resolvía el art. 67 bis de la ley 2393, es decir, por la vía

²⁰ CNCiv., en pleno, diciembre 24-982, Rev. LA LEY, t. 1983-A, p. 483; t. 1983-C, p. 487.

²¹ SC Buenos Aires, febrero 17-987, "C. de P., A. c. P., O. R.", Rev. LA LEY, t. 1987-C, p. 346.

sumaria.

Eficacia de los acuerdos realizados

Este era otro de los temas de divergencia en el pasado; había quienes sostenían que eran nulos, quienes decían que estaban sujetos a una *conditio iuris* (la sentencia), quienes opinaban que también la condición era nula, quienes pensaban que eran meros proyectos y como tales eminentemente retractables; otros pensaban que era una forma de partición anticipada revisable si la equivalencia de las prestaciones era violada, y por último el propio plenario "Peretti c. Campos" que sostenía la validez, pero no aclaraba bien los alcances.

La reforma pareciera haberse inclinado por la posición que reduce el alcance de los acuerdos al rol de meros proyectos, ya que el art. 236 en su 3º Párr. faculta al juez a *"objetar una o más estipulaciones de los acuerdos celebrados cuando, a su criterio, ellas afecten gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos"*.

Esta posibilidad que la ley daría al juez de objetar los convenios por las razones antedichas, pareciera indicarnos que los mismos no están firmes, no han salido aún de su condición de "proyectos", porque la sociedad conyugal aún no estaría disuelta y por ende, las partes no habrían recuperado aún la autonomía de la voluntad, efecto que se obtendrá sólo después de la sentencia (art. 1306, Cód. Civil).

Me adelanto a expresar que no comparto aquella corriente que supone que los acuerdos formulados por las partes son meros proyectos y en este trabajo quedará perfectamente explicada las razones por las que no participo de esa opinión.

Al ir avanzando en el análisis de esta norma, podremos ver, que los acuerdos realizados por los cónyuges en el divorcio por presentación conjunta, según sea la materia sobre la que acuerdan y teniendo especial consideración en la naturaleza jurídica de dichos pactos, en algunos casos, revisten la condición de verdaderos contratos, con su consecuente amplia libertad para convenir. Como asimismo, otros, ven atemperada esa libertad, atento a la materia y a los sujetos intervinientes (NNA).

En todos los casos, sostengo que la sentencia que decreta el divorcio vincular, al tener efecto retroactivo al momento de la presentación conjunta (art. 1306 Cód. Civ.); valida los acuerdos formulados, distinguiéndose solamente efectos jurídicos diversos según la naturaleza de éstos.

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONVENIOS DEL ARTÍCULO 236

“En los casos de los art. 205 y 215 la demanda conjunta podrá contener acuerdos sobre los siguientes aspectos

- 1- Tenencia y régimen de visitas de los hijos.*
- 2- Atribución del hogar conyugal.*
- 3- Régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores o incapaces, incluyendo los modos de actualización.*

También las partes podrán realizar los acuerdos que consideren convenientes acerca de los bienes de la sociedad conyugal. A falta de acuerdo, la liquidación de la misma tramitará por vía sumaria.

El juez podrá objetar una o más estipulaciones de los acuerdos celebrados cuando, a su criterio, ellas afectaren gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos. Presentada la demanda, el juez llamará a una audiencia para oír a las partes y procurará conciliarlas. Las manifestaciones vertidas en ella por las partes tendrán carácter reservado y no constarán en el acta. Si los cónyuges no comparecieren personalmente, el pedido no tendrá efecto alguno.

Si la conciliación no fuere posible en ese acto, el juez instará a las partes al avenimiento y convocará a una nueva audiencia en un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres, en la que las mismas deberán manifestar, personalmente o por apoderado con mandato especial, si han arribado a un reconciliación. Si el resultado fuere negativo el juez decretará la separación personal

o el divorcio vincular, cuando los motivos aducidos por las partes sean suficientemente graves. La sentencia se limitará a expresar que dichos motivos hacen moralmente imposible la vida en común, evitando mencionar las razones que la fundaren” (art. 236 Cód. Civ.)

A esta altura del análisis deviene necesario referirme a la naturaleza jurídica de los convenios regulados en la norma de referencia.

Considero que los convenios aludidos, participan de una doble naturaleza, según su contenido.

El art. 944 del Cód. Civ., definiendo a los actos jurídicos indica que son los actos voluntarios lícitos que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos.

Ahora bien, en apretada síntesis podemos decir, que si estos actos jurídicos tienen contenido patrimonial, nos encontramos ante la existencia de un contrato, así lo disponen los artículos 1137 y 1169 del Cód. Civ.

“Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos.” (art. 1137 Cód. Civ.)

“La prestación, objeto de un contrato, puede consistir en la entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo susceptible de apreciación pecuniaria.” (art. 1169 Cód. Civ.)

El contrato es una convención, es decir, un acto jurídico formado por el acuerdo de dos o más voluntades individuales, sin embargo, no toda convención o acuerdo con miras a producir un efecto jurídico es un contrato.

Existen convenciones simples, cuando las partes acuerdan y prestan su consentimiento, sin que de ese acuerdo, de ese consentimiento válidamente prestado derive una coacción jurídica. Habrá una obligación natural, un derecho subjetivo, pero carente de pretensión accionable.

Estamos en cambio frente a una convención jurídica y no ante un contrato; cuando

existen consecuencias en el derecho, más no se producen, ni modifican ni extinguen obligaciones de contenido patrimonial.

A partir de ese razonamiento, entendemos que los convenios auspiciados por el artículo 236 del Cód. Civ., participan según el caso, de ambas naturalezas.

Así, nos encontramos frente a un contrato, cuando el convenio regula las relaciones patrimoniales de los cónyuges y ante una convención jurídica, cuando el convenio regula las relaciones personales de los cónyuges o de éstos con sus hijos.

El marco de la autonomía de las partes para reglar sus derechos familiares estará estrechamente vinculado a la naturaleza del acuerdo.

CONVENIOS CON CONTENIDO PATRIMONIAL – LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Hare algunas consideraciones previas para comprender mejor como funcionan estos convenios cuando tratan de liquidar la sociedad conyugal.

Como punto de partida señalamos que el régimen matrimonial patrimonial es el sistema jurídico que rige las cuestiones económicas que derivan del matrimonio, interna y externamente. Es decir, el estatuto patrimonial matrimonial es un conjunto normativo, que regula las relaciones patrimoniales de los esposos entre sí –internamente-, y las relaciones patrimoniales de los esposos y de los terceros –externamente-.

La celebración del matrimonio produce la configuración automática del régimen económico que regirá la vida matrimonial de los esposos, limitándose la autonomía de la voluntad de los cónyuges a su opción de casarse o no. El régimen patrimonial matrimonial nace con la celebración del matrimonio y, a partir de allí, se configura la distinción de bienes propios y bienes gananciales; la masa de bienes gananciales será partida al momento de la disolución del régimen, distribuyéndose en mitades para cada uno de los cónyuges (o sus sucesores).

Los únicos convenios que la ley admite son aquellos que establecen donaciones con motivo del matrimonio (por ej. el novio dona a la novia un yate, queda sujeto a la condición de que el matrimonio se celebre) y la identificación de los bienes – propios- que cada contrayente lleva al matrimonio (art. 1217). Todo otro pacto es nulo de nulidad absoluta (por ejemplo aquél que establezca la adhesión de los cónyuges a un régimen patrimonial distinto del establecido por la ley, como sería el caso que los contrayentes indiquen que no se sujetarán al régimen de bienes vigente estableciendo que lo que adquieran será propio de cada cónyuge).

El régimen se caracteriza por la formación de una masa de bienes que se dividirá entre los cónyuges al momento de la disolución del régimen por las causales taxativas establecidas por el Código Civil.

Existen en la sociedad conyugal cuatro masas de bienes claramente definidos: bienes propios del marido, bienes gananciales del marido, bienes propios de la mujer y bienes gananciales de la mujer. Vale recordar que los bienes gananciales son adquiridos por cada uno de los cónyuges o ambos durante el matrimonio, por título oneroso –no por herencia, legado o donación-; y los bienes propios son aquellos de adquisición anterior a la celebración del matrimonio, o incorporados a título gratuito durante la vigencia de la sociedad conyugal, o los que los reemplazan ingresando en lugar de tales bienes propios.

Todos los bienes existentes al final del matrimonio se presumen gananciales, y estos gananciales se dividen por mitades a la disolución del régimen, en términos del activo líquido.

Ahora bien, los presentantes de la demanda conjunta pueden convenir la forma de liquidar y partir la sociedad conyugal. Salvo situaciones muy evidentes de inequidad, o de aprovechamiento de uno respecto de la inexperiencia, temor o ignorancia del otro y vicios de la voluntad, en general, o de abierta violación a normas de orden público (por ejemplo, si pretende disolver la sociedad conyugal a partir de una fecha distinta de la marcada por la ley) los jueces deben respetar lo decidido por los esposos en los acuerdos liquidatorios y particionarios porque es

frecuente que (a través de ellos) se arreglen todas las cuestiones económicas pendientes, como las relativas a las recompensas, o a las indemnizaciones que uno le reconoce al otro por los daños sufridos a raíz de la interrupción de la convivencia y que voluntariamente asume, a pesar de la objetividad del procedimiento elegido.

En las convenciones previstas por el art. 236, se plantea el problema a partir de las normas sobre el régimen patrimonial que conforman un “estatuto legal forzoso”. Así, el art. 1218 del Cód. Civ. prescribe que son de ningún valor los convenios celebrados entre cónyuges referidos a la liquidación de la sociedad conyugal, aludiendo a toda renuncia de un cónyuge a favor del otro o del derecho de los gananciales, lo que en principio obstaría a la plena autonomía de los esposos para convenir libremente cómo liquidar los aspectos patrimoniales de su matrimonio. Claramente la norma prohíbe las convenciones de los cónyuges en este sentido mientras se encuentre vigente la sociedad conyugal.

Asimismo, el art. 1315 dispone que los gananciales de la sociedad conyugal se dividan por iguales partes entre marido y mujer.

Los convenios que permite la norma en análisis, se formulan durante la vigencia de la sociedad conyugal, por lo en principio deberían quedar sometidos a este régimen legal forzoso y ello, le abriría al juez la posibilidad de objetar las convenciones de los esposos, en caso de que éstas no se ajustaran a las normas de orden público antes referidas.

Sin embargo, entiendo que dichos convenios, de pura naturaleza contractual, en tanto quedan condicionados al dictado de la sentencia de separación personal o divorcio vincular disolutoria de la sociedad conyugal, admiten la más plena autonomía de la voluntad, permitiendo a los esposos disponer libremente y sin objeción alguna de qué modo liquidar sus bienes (art. 1313 y 3462 Cód. Civ.), perdiendo en consecuencia sentido mantenerlos sujetos a las prescripciones del art. 1219 Cód. Civ.

Pienso que dichos acuerdos están condicionados al dictado de la sentencia, a la

consiguiente disolución de la sociedad conyugal (art. 1306 Cód. Civ.), y a la homologación del acuerdo al único y sólo efecto de otorgarle al mismo fuerza ejecutoria (art. 500 inc. 1º CPC); puesto que éste último, de naturaleza contractual y disuelta la sociedad conyugal con efecto retroactivo a la presentación conjunta, admite como dijimos la más amplia libertad de contratación, pudiendo las partes – cónyuges- liquidar los bienes en la forma que estimen conveniente por aplicación analógica del art. 1313 Cód. Civ.

Efectivamente, de conformidad con la regla establecida en el art. 1313 del Cód. Civ., cabe aplicar a la liquidación de la sociedad conyugal, en forma genérica, las normas relativas a la división de la herencia.

En ese marco, rige el principio sentado en el art. 3462 Cód. Civ., según el cual, existiendo común acuerdo entre los cónyuges y siendo éstos capaces, "la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes". Esta norma otorga las más amplias facultades, sin que resulten imprescindibles formas específicas. Resulta, por ende, admisible cualquier tipo de adjudicación, pudiendo los esposos disponer con absoluta libertad la formación de los lotes y reglar de igual modo sus problemas patrimoniales.

Desaparecidos así los obstáculos imperativos que rigen durante la vigencia de la sociedad conyugal, recobra virtualidad sobre este tipo de actos el adagio *devorum in caden placitun consensus* (libre acuerdo de voluntades), propio del ámbito contractual. La teoría de los contratos, tal cual ha sido heredada del derecho romano por las legislaciones modernas, estaba dominada por el principio fundamental de la libertad de las convenciones o autonomía de la voluntad, que nuestro Código Civil ha consagrado expresamente en su art. 1197²², debiendo considerarse a la libertad contractual como regla y el límite, como excepción²³, en la medida en que la convención no se contraponga a sus arts. 21, 502, 530, 872 y

²² Conf. SALVAT, Raymundo M., "Tratado de Derecho Civil Argentino Fuente de las Obligaciones" - Actualización de Arturo Acuña Anzorena, Buenos Aires, t. I, p. 16, 1957.

²³ Conf. MESSINEO, Francisco, "Doctrina general del contrato", t. I, p. 15, Buenos Aires, 1952.

953. Se trata del reconocimiento pleno del principio de autonomía de la voluntad el contrato es obligatorio porque es querido; la voluntad es la fuente de las obligaciones contractuales²⁴.

Además de las razones apuntadas, se debe considerar que una negativa judicial a homologar el convenio puede significar la desaparición de la condición implícita esgrimida por una de las partes para acogerse a este procedimiento por razones exculpables.

Por otro lado, si considero que no es obligatorio liquidar y partir la sociedad conyugal simultáneamente con el divorcio, podría suceder que, ante una negativa jurisdiccional a homologar el acuerdo presentado, los esposos decidan hacerlo privadamente, después de obtenida la sentencia que disuelve el vínculo. Como en tal situación no afectan a los divorciados las prohibiciones para contratar que recaen sólo sobre los que están todavía ligados por el vínculo matrimonial, nada impediría que siendo divorciados efectúen libremente aquella partición que antes fue rechazada, porque en esa situación familiar no existen normas de orden público que impongan un reparto igualitario y la libertad de contratación rige en plenitud. Nadie podría impugnar esa división posterior salvo que se alegara algunos de los motivos generales que invalidan los actos jurídicos, en especial, que fue el fruto de una voluntad enferma o viciada, que se han dado las circunstancias de la lesión (art. 954) o que han aparecido las condiciones del art. 1198 para solicitar la resolución del convenio.

La actual legislación permite a los cónyuges, en su presentación conjunta, acordar lo vinculado con la forma en que habrá de liquidarse la sociedad conyugal, supeditada al dictado de la sentencia, por lo que tales acuerdos no pueden ya considerarse alcanzados por la nulidad que se desprende de los art. 1217 y 1219 del Código Civil.²⁵

²⁴ Conf. BORDA, Guillermo A., "Contratos", p. 11, Buenos Aires, 1976.

²⁵ SC, Buenos Aires, octubre 27 – 987) La Ley, 1988-A, 333 – JA 1989-III-757.

Se trata de una norma especial de carácter procesal contenida en la ley de fondo que autoriza a programar con anterioridad las cuestiones patrimoniales que se van a presentar al juez.²⁶

Al respecto, las Dras. Grosman y Minyersky han dicho que “los acuerdos sobre liquidación de bienes gananciales son negocios jurídicos condicionados a la separación judicial de los bienes, plenamente eficaces aún cuando se instrumentaran con anterioridad, pero sujetos a la mentada disolución que actúa como elemento operante.”²⁷

“Cualquiera sea el sistema de interpretación que se ensaye, ya sea que se indague cuál ha sido la voluntad del legislador al momento de creación de la norma, o se la analice sobre la base del sentir social existente al momento de su aplicación, en ambas hipótesis se llegará a la conclusión de que los convenios de división de bienes, condicionados en cuanto a su funcionamiento, ejecución y efectos, a la disolución de la sociedad conyugal, no configuran aquellos contratos prohibidos por el art. 1219 del Código Civil.”²⁸

Siguiendo la misma postura, la jurisprudencia ha dicho que “son válidos los convenios de liquidación de sociedad conyugal suscriptos por los cónyuges antes de la presentación del escrito judicial que petitiona el divorcio por presentación conjunta pero en el marco de éste y agregados al expediente con posterioridad a la sentencia que acoge la pretensión.”²⁹

Al respecto, se ha dicho que “el magistrado, al avocarse al análisis de estos acuerdos entre cónyuges, debe realizar un balance exhaustivo teniendo en cuenta los intereses en juego y buscando establecer la verdadera finalidad que se

²⁶ SC Buenos Aires, febrero 17-987, LL 7987-C, 349

²⁷ Grosman, Cecilia P. y Minyersky, Nelly, “Los convenios de liquidación de la sociedad conyugal”, Bs. As., 1976 pag. 38/39).

²⁸ Grosman, Cecilia P. y Minyersky, Nelly, “Los convenios de liquidación de la sociedad conyugal”, Bs. As., 1976 pag. 106/107.

²⁹ SC, Mendoza, Sala 1º, octubre 21-996, JA, 1997-II-619.

persigue con los acuerdos, es decir, si con ellos se busca alterar el régimen patrimonial matrimonial durante su vigencia o por el contrario, si se pretende realizar una liquidación anticipada y condicional, sujeta al requisito legal de eficacia que es la sentencia que disuelva la sociedad conyugal por una de las causas legales”³⁰

Cabe decir que “la homologación del convenio de liquidación de la sociedad conyugal tiene por finalidad verificar la verdad y corrección del acto, poniendo en manos de los jueces la atribución de negarle sus efectos propios cuando lo hallan insostenible, porque importa una abdicación de derechos que la ley considera irrenunciables, o porque se lo ha concluido sin capacidad, con vicios del consentimiento o contraviniendo normas de orden público. Pero no puede admitirse que sin hacer mérito de ninguna de esas circunstancias o careciendo la pretensión de un fundamento serio, se otorgue a cualesquiera de las partes la oportunidad y la facultad de arrepentirse de lo convenido, privando al acuerdo de efecto, y aún más declarando inexistente o nulo un acto ajustado con libre y sana voluntad”³¹.

Siguiendo los mismos lineamientos, “producida la disolución de la sociedad conyugal, tanto el reconocimiento del carácter ganancial de los bienes, como la partición correspondiente, entre personas mayores y sin vicios de la voluntad, tienen pleno vigor y legitimidad jurídicos. Por ello, nada se opone a que una de las partes reciba una porción menor como consecuencia del acuerdo de voluntades”³²

Téngase en cuenta que si bien la regla básica sobre la forma de realizar la partición se encuentra en el artículo 1315 del Código Civil el cual dispone que “los gananciales se dividirán por partes iguales entre los cónyuges”, éste principio de igualdad no obsta a que los esposos resuelvan liquidar sus bienes conforme otras

³⁰ Graciela Medina, “El divorcio por presentación conjunta y los convenios de disolución de la sociedad conyugal”,

³¹ CN Civ Sala C, abril 17-980) ED 89/141 (Idem Sala B diciembre 12-988) ED, 135-441.

³² CN Civ, Sala C, diciembre 7-983) ED 109-227 (Idem junio 14-983) ED, 106-495 – (Idem, Sala H, septiembre 27-995, 166-515).

pautas ya que han dejado de regir entre ellos las normas de los art. 1218 y 1219 del Código Civil, que impiden todo acuerdo sobre los gananciales.

“Tampoco rigen entre ellos las prohibiciones de comprar, vender o hacerse mutuamente cesiones y/o permutas, ya que tienen la plena capacidad de formar lotes iguales o desiguales en valor y composición”³³

En conclusión, “tienen plena validez estos acuerdos pues ya no existiendo la sociedad conyugal no hay un interés superior expresados en normas de orden público que tutelar.”

La división por mitades no es de orden público cuando ya se ha producido la disolución de la sociedad conyugal, y los esposos pueden convenir otra solución, acordando adjudicar los gananciales en su totalidad, o por mayor valor, a uno de ellos.³⁴

Asimismo, la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca estableció que “el orden público protegido por el art. 1291 del Código Civil, solo está en juego cuando las partes pretenden disolver la sociedad conyugal por una causa o por una forma distinta a las taxativamente previstas en la ley, pero las estipulaciones sobre el orden en que se van a dividir los bienes, o sobre cómo se los van a atribuir una vez que el juez pronuncie la sentencia definitiva, constituyen pactos que no violan reglas, ni principios de orden público, ni normas precisas de la ley que acarreen su nulidad”³⁵

Ante la problemática –recurrente en la doctrina y jurisprudencia– suscitada en torno a los acuerdos suscriptos con anterioridad a la fecha de inicio del juicio de divorcio por presentación conjunta, pero incorporados al expediente con posterioridad al dictado de la sentencia de divorcio, el 15/3/2005 el Tribunal

³³ Graciela Medina, “El divorcio por presentación conjunta y los convenios de disolución de la sociedad conyugal”.

³⁴ CN Civ, Sala C, diciembre 7-983. ED, 109-222 – (Idem junio 14-983) ED 106-495 (Idem, septiembre 13-979) ED 85-539- (Idem Sala A, febrero 27-987) La Ley, 1987-C, 307.

³⁵ CC y C Bahía Blanca, agosto 20-1971, ED 38-308.

Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia n. 3 de Lomas de Zamora en la causa "M. de R., A. M. y R., J. A. s/divorcio (art. 215 CCiv.)" dictó un pronunciamiento a favor de la validez del convenio.

En el caso los ex cónyuges efectuaron su presentación conjunta el 22/10/2002, conforme a los arts. 215 y 236 CCiv. No acompañaron el convenio relativo a la "sociedad conyugal", firmado el 21/10/2002. Con posterioridad al dictado de la resolución judicial que decretó el divorcio vincular se incorpora el mencionado convenio, y la esposa opone su invalidez argumentando que fue suscripto antes de la disolución de la sociedad conyugal. En la sentencia dictada por el tribunal de familia se consideró que "...son válidos los convenios de liquidación de sociedad conyugal suscriptos por los cónyuges antes de la presentación del escrito judicial que peticiona el divorcio por presentación conjunta pero en el marco de éste y agregados al expediente con posterioridad a la sentencia que acoge la pretensión." ³⁶

Se debe tener presente que hubo ejecución parcial del convenio con anterioridad a la fecha de la sentencia de divorcio, pero después de la presentación conjunta y que la extinción del régimen patrimonial matrimonial entre cónyuges se retrotrae a la fecha de presentación de la demanda, de conformidad con el art. 1306 CCiv. Señálase especialmente que la ejecución que siguió a la formulación del convenio constituye el argumento determinante a favor de su validez; quedando así reforzada la solución del conflicto: "... se acredita con la documentación acompañada que el acuerdo ha sido ejecutado parcialmente. De esta manera, resulta contradictorio el cuestionamiento hacia un convenio que fue suscripto voluntariamente y, aun, ejecutado en alguno de estos puntos, a favor de la oponente. De negarle eficacia, se produciría un abuso de derecho (art. 1071 CCiv.)".

³⁶ Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª, 21/10/1996, "P., A. y S., D. F.", JA 1997-II-619 . Con nota de María J. Méndez Costa. El juez de primera instancia había anulado el convenio suscripto con anterioridad a la demanda de divorcio por presentación conjunta e incluido en el expediente después de dictada la sentencia de divorcio; la Cámara de Apelaciones entendió que el art. 236 CCiv. no prescribe la exigencia de elevación del convenio al juez antes de la sentencia, sino que se trata de una facultad

Ahora bien, a esta altura de la exposición, deviene necesario hacer referencia al interrogante que formula Belluscio³⁷ quien se pregunta por qué los convenios previos a la sentencia que son válidos en la separación personal y el divorcio vincular por presentación conjunta, no habrían también de serlo en los procesos contenciosos.

Es sensato admitir la extensión por analogía de la norma contenida en el art. 236 del Código Civil, aunque éste se circunscriba a los procesos por presentación conjunta ya que la finalidad de los convenios es la misma, responden al mismo propósito que es liquidar y partir los bienes que constituyen el acervo ganancial.

Las razones que pueden darse en contrario, por ejemplo la posibilidad de que un cónyuge ejerza presión sobre el otro, son circunstanciales ya que pueden acaecer tanto en los procesos contenciosos como en los consensuales. Más aún si se tiene en cuenta que en los primeros la partición puede darse en forma privada con posterioridad a la sentencia y lo que el acuerdo hace, en definitiva, es anticiparse en su formulación pero no en su eficacia.³⁸ En este mismo sentido el III Encuentro de Abogados Civilistas realizado en Santa Fe en el año 1989 aprobó por mayoría la interpretación analógica para los procesos contenciosos y los del art. 1294 del Código Civil.

Méndez Costa, al igual que Grosman y Minyersky entre otros, se pronuncia por la validez de estos convenios, siempre que la disolución opere por una causa legal. La argumentación favorable invoca nuevamente la condicionalidad a la que están sujetos éstos convenios ya que la adjudicación tendrá carácter definitivo una vez dictada la sentencia que disuelva la sociedad conyugal, difiriéndose sus efectos hasta esta fecha.

La posición que rechaza esta interpretación analógica se funda en la cualidad excepcional de la caracterización de estos convenios en la separación personal y

³⁷ Belluscio, Augusto C." Manual de Derecho de Familia". Ed. Depalma.

³⁸ Méndez Costa, María Josefa. op. cit.

divorcio vincular por presentación conjunta y en la interpretación restrictiva que debe hacerse de las excepciones.³⁹

En cuanto a las consecuencias del convenio homologado:

Para abordar mejor el tema es necesario distinguir según los tipos de bienes que constituyan el acervo ganancial a partirse..

Bienes registrables: Para que opere la transmisión de dominio de un bien de titularidad de un cónyuge que pasa a titularidad del otro se deberá cumplir con los recaudos establecidos en el art. 730 del Código Procesal, es decir se deberán requerir los respectivos certificados para determinar si el esposo adjudicante puede disponer del bien o si pesan gravámenes sobre el mismo, siendo exigido como requisito ineludible por los tribunales estos certificados a la hora de ordenarse la inscripción de las respectivas hijuelas.

Lo convenido entre los cónyuges sólo será oponible a terceros desde la oportunidad de la inscripción del acuerdo particionario, ya que conforme surge del principio establecido en el art. 2505 del Código Civil la publicidad registral es requisito indispensable para el perfeccionamiento de la transmisión de dominio.

Bienes no registrables: En lo atinente a este tipo de bienes, la partición solo podrá ser opuesta a terceros después de la homologación del convenio respectivo. Antes de ella, los acreedores sólo podrán promover las medidas cautelares que crean convenientes. Luego de producida la homologación judicial, sólo estarán facultados para atacar el acto si se ha hecho en fraude a sus derechos (art. 962, Cód. Civ.) De esta manera, la homologación se constituye en el modo de posibilitar el control por parte de los terceros.

Efectos entre las partes:

³⁹ Llambías, Jorge Joaquín. " Tratado de Derecho Civil. Parte General." Ed. Perrot. Buenos Aires.

Los acuerdos de división del acervo ganancial producen efectos que tienen entre los esposos fuerza de ley, corolario lógico de la autonomía que se les reconoce para normar sus intereses con motivo de la disolución de la sociedad conyugal desde su celebración (art, 1197, Cód. Civ.), extendiéndose sus efectos activa y pasivamente a sus herederos o sucesores universales (art. 1195, Cód. Civ.), salvo las acciones de colación o reducción que tuvieran éstos últimos si el acto significara una donación y vieran afectadas sus legítimas. La homologación judicial otorgará autenticidad al convenio privado surtiendo efecto entre las partes desde su celebración (conf. art. 1197). La homologación judicial no es requisito de validez entre los cónyuges sino, como la jurisprudencia ⁴⁰ ha sostenido, requisito de publicidad necesaria para que las adjudicaciones sean oponibles a terceros. Esto siempre que no se trate de bienes registrables, en cuyo caso, como ya se ha señalado, serán oponibles desde su inscripción en los registros respectivos.

CONVENIOS SIN CONTENIDO PATRIMONIAL – ASPECTOS PERSONALES.

Antes analizaba los acuerdos formulados por los cónyuges en la esfera patrimonial en donde tuve ocasión de sostener que dichos acuerdos conforman verdaderos contratos, en los que las partes pueden pactar libremente el modo en que liquidarán las cuestiones patrimoniales derivadas del matrimonio. Ahora analizo estos convenios que auspicia la norma en estudio dentro de la esfera personal de las relaciones familiares y en este sentido también expreso que la naturaleza de estos acuerdos no es de orden contractual, sino la de una simple convención jurídica.

Sabemos que ni en unos ni en otros, resulta obligatorio que los cónyuges formulen finalmente un acuerdo, sino que tan solo existe la posibilidad de que lo hagan, por lo que la falta de éste sobre los aspectos personales tampoco obstaculiza la continuación del trámite ni el dictado de la sentencia.

⁴⁰ CNCiv, en pleno, 24/12/1982, “E.D.”, 102-519.

La enunciación del art. 236 no es taxativa, por lo que los esposos pueden efectuar otros acuerdos aparte de los allí previstos, por ejemplo sobre el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos para que continúe en cabeza de ambos. En este sentido, se ha entendido que la ruptura de la unión matrimonial es sólo una etapa en la vida familiar, dónde la responsabilidad parental se mantiene intacta, destacándose la madurez en aquellos progenitores que dejando de lado los conflictos emocionales que conlleva un proceso de divorcio, deciden poner por encima de toda desavenencia el bienestar del niño.

A continuación pasare a detallar los posibles puntos sobre los cuales puede versar el convenio:

- Sobre tenencia y régimen de visitas de los hijos.
- Sobre atribución del hogar conyugal.
- Sobre alimentos.
- Uso del apellido marital (Art. 9 Ley 18.248).

a) Tenencia de los hijos: la facultad de atribuir la guarda de los hijos comunes menores o incapaces corresponde –en principio- a los progenitores desunidos, pues se presume que ambos, de común acuerdo decidirán, en función de su propia idoneidad, lo más conveniente para el menor. La ley supone que son los padres los que se encuentran en mejores condiciones para resolver la cuestión, dado que nadie conoce más que ellos su auténtica realidad como individuos, las aptitudes privativas de cada cual, los recursos humanos y económicos a su disposición, las circunstancias y requerimientos particulares de los hijos comunes y, en general, las posibilidades concretas del padre y de la madre para atender al cuidado personal y a la correcta formación de los mismos.

A diferencia de los que sucede en los otros casos de separación o de divorcio, en los que recién se apela al acuerdo de los progenitores cuando se trata de resolver la custodia de los hijos mayores de cinco años (art. 206 Cód. Civ.), en la presentación conjunta la ley directamente delega la atribución de la guarda en la

voluntad coincidente de los padres cualquiera fuese la edad de los hijos menores o incapaces.

Aunque el ideal señalado por la psicología familiar aconseja que los hermanos se críen y eduquen juntos durante su infancia y adolescencia, no es preciso ni indefectible que la guarda de todos los menores se otorgue en forma exclusiva al mismo progenitor, porque lo óptimo no siempre coincide con lo posible. Entonces, cuando las circunstancias lo impongan, procederá el reparto de la guarda asignando la custodia de unos hijos al padre y de los otros a la madre.

Del texto del art. 264 del Código Civil, en su interpretación literal, se deduce que si ambos padres conviven, el ejercicio es compartido, si ello no ocurre, la patria potestad será ejercida por aquel progenitor a cuyo cargo esté la guarda o la tenencia del menor. Sin embargo, de este principio general, no necesariamente habrá de inferirse –a contrario sensu- que el coejercicio de la autoridad parental después de la separación fuese prohibido. La omisión legal al no establecer la custodia compartida no debe interpretarse en el sentido de su prohibición. Antes bien, una aplicación armónica con toda la normativa referente al derecho de familia, podrá ser analizada y, en su caso, ponderada ante el caso concreto que presente la posibilidad de adjudicar a ambos padres conjuntamente el ejercicio de la patria potestad, luego de producida la separación o el divorcio.

Así, deviene necesaria la siguiente pregunta, ¿Es razonable alegar que el compromiso de ambos padres de ser responsables en condiciones de igualdad, manteniendo el principio rector del art. 264, es contrario al orden público?

Actualmente se ha señalado la necesidad de adecuación de la autonomía de la voluntad y el orden público a las contingencias presentadas en el ámbito social.

El orden público en punto al derecho de familia, reconoce su ratio legis en el especial interés que, para el ordenamiento jurídico, detenta el establecimiento y preservación del orden familiar.

Ante la importancia que esgrime la familia, el Estado a través de las normas, establece un principio general basado en la indisponibilidad e imperatividad de los preceptos jurídicos que regulan la materia, en tanto estos habrán de velar por el respeto del interés general. Coadyuva a lo expuesto, además de la norma genérica del artículo 21 del Código Civil, una serie de disposiciones plasmadas, en los artículos 845, 1218, 1219 y 1277, entre otros, como así también, lo expresado por el codificador en la nota al artículo 872 en lo referido a la improcedencia de la renuncia de los derechos derivados de la patria potestad.

Se ha dicho que el art. 264 inc. 5° es aplicable imperativamente en la medida en que no exista acuerdo de los padres que acepte el ejercicio conjunto de su autoridad, ejercicio conjunto establecido como regla con excepción en el delegado en uno de los progenitores, valorándose que compartir las funciones paterno-maternas es lo más favorable y conveniente para el menor, hoy se diría, lo que mejor respeta el interés superior del menor.

La actividad del juez y del Ministerio Público conllevará el despliegue de una labor minuciosa que, en el marco del proceso, permita analizar y tener en cuenta si, de la voluntad consensuada expresada por los progenitores puede realmente extraerse, que el apartamiento del principio instituido por la norma, configura –en el caso concreto- una excepción justificada en miras al mejor desarrollo de las relaciones paterno filiales. Así cabe preguntarse que ocurre cuando, de las circunstancias que informan el caso en particular, surge que, pese al divorcio, no obstante, los progenitores mantienen un diálogo conveniente o, en sus relaciones internas, evidencian una conducta equilibrada en todo lo concerniente a la educación y desarrollo de los menores.

Así, creo necesario comentar una sentencia de la sala J de la Cámara Nacional Civil con excelente voto de la Dra. Zulema Wilde merecedor de reflexión. Considera una sentencia de primera instancia que puso la tenencia de dos hijos menores en la madre divorciada, aplicando el inciso 2° del art. 264 del Código Civil, pese a que mediaba un acuerdo de los cónyuges para que dicha tenencia fuera compartida, acuerdo cuidadosamente fundado por las dos partes apoyadas en pruebas oportunas y eficientes. En el acuerdo decían padre y madre tomar en cuenta el interés y bienestar de sus hijos, asumiendo el compromiso de participar en su cuidado, protección y formación integral, considerándose ambos con idoneidad para encararlo y llevarlo a cabo, y en una de las audiencias celebradas expresaron ser su mayor preocupación “preservar la estabilidad emocional de los menores manteniendo un vínculo fluido de los hijos con ambos padres” procurando vulnerar lo menos posible la relación con ellos.

El tribunal estimó atendibles las razones invocadas por los progenitores y acordes con la legislación vigente particularmente con la Convención sobre los Derechos del Niño en su consagración del interés del menor. En concreto, estimó que al ponerse la titularidad y el ejercicio de la patria potestad en los dos progenitores se formuló un juicio de valor al respecto señalándose un norte para su instrumentación, concretable a través de distintos medios, algunos más adecuados que otros. Y afirma: “No existiendo medio más bondadoso que el ejercicio en forma conjunta de ella...”. Lo concreto, expresa en un párrafo la Dra. Wilde, es que evaluar los resultados de la interpretación permite la confrontación con el objetivo perseguido por la norma. Si la patria potestad se articuló en la ley, sobre la base de conferirla a ambos padres, de manera que deba guardar su ejercicio, relación con los intereses de los hijos, respetando la igualdad de ambos sin distinción de sexo, la jerarquía que tiene este principio no debe ser desvirtuada por una interpretación no acorde con él.”

En síntesis la patria potestad compartida, proyectará en los hechos, un mayor involucramiento de ambos progenitores, plasmado en una más comprometida

actuación de quien no convive con los hijos pero que, a través de este ejercicio, no verá debilitado el conjunto de las responsabilidades que, por derecho natural y positivo, le habían sido reconocidas ab initio y fueran desempeñadas durante la vigencia del matrimonio.

Los acuerdos de esta especie, siempre serán revisables, cuando las circunstancias así lo requieran. De este modo, la imperatividad del orden público no constituirá un obstáculo ni se verá violentada cuando, la voluntad consensuada de los progenitores no convivientes que desean compartir la patria potestad, se profile como instrumento idóneo para la satisfacción. En tal sentido el Ministerio Público no debe constituirse en un obstáculo para el desenvolvimiento de la patria potestad y, para este cometido, resultará de especial trascendencia, la evaluación del aspecto fáctico presentado por el grupo familiar sometido a análisis. En esta inteligencia, será menester informarse en “cada caso concreto”, mediante una introspección que le permita al juzgador desentrañar cuales han sido los códigos desempeñados entre los miembros de la familia, para de este modo, colegir si efectivamente la pretensión invocada por los padres es la más idónea a la satisfacción de los intereses del grupo y los hijos en especial. A este cometido se llega mediante una actividad interdisciplinaria en estrecha colaboración con el cuerpo de profesionales adecuados –asistentes sociales, psicólogos, etc.-.

Los jueces deberán aprobar un convenio semejante cuando se halle garantizado el equilibrio en la formación del hijo y no sea éste un medio egoísta destinado únicamente a satisfacer la comediada o conveniencia de los padres en detrimento del interés de los NNA. Este tipo nuevo de guarda se compece a la perfección con la clase de juicio por la que han optado los cónyuges ya que la demanda mancomunada supone deponer toda contienda o pretensión de “ganar” el pleito, y en ciertos casos, pone en evidencia que –aunque no cohabiten- subsisten entre los progenitores relaciones humanas maduras y aquel grado de respeto y mutua comprensión necesario como para continuar bregando juntos, de igual modo y con la misma intensidad, en pos de una plena formación personal de los hijos, lo cual implica –sin dudas- su cumplida integración familiar.

b) Régimen de visita de los hijos. Al padre a quien se le otorga la guarda de los NNA le corresponde el ejercicio exclusivo de la patria potestad, mientras que al otro progenitor se le reconoce el derecho de tener una adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación (art. 264, inc. 2, Cód. Civil).

Estas facultades suponen no sólo el derecho de relacionarse con el NNA en forma telefónica, por cartas o a través de terceras personas, y de interiorizarse de la marcha de sus estudios en los colegios o institutos a los que asiste el hijo, sino que implica –además- la posibilidad de mantener contactos directos con el menor los cuales, según fuere la edad del hijo y las demás circunstancias, podrán tener lugar en la misma casa del guardador o en otro lugar convenido. Como estamos en presencia de un derecho-deber tanto del padre como del hijo, cuando las circunstancias lo permitan o aconsejen el hijo visitará al progenitor en su domicilio para lo cual se le reconoce al padre no guardador el derecho de recibir al menor y de albergarlo en determinadas épocas y horas, durante concretos lapsos, y en forma periódica.

La fijación precisa de las condiciones en que se ejercerá el derecho constituye lo que da en llamarse “régimen de visitas” el que puede ser pormenorizado hasta en los detalles más íntimos (por ejemplo determinar la persona que entregará al NNA y la hora precisa; estipular cuál será el encargado de buscar al NNA o quién lo recibirá y en qué lugar, fijación de los costos de transporte y especificación de quién costeará los gastos de viaje, en qué medios de transporte se efectuará el traslado, etc.) o, por el contrario, podrá consistir en un amplio y no estructurado régimen que otorgará mayor libertad y favorece una auténtica comunicación, para ser tal, no puede estar férreamente regulada. Sin embargo creemos indispensable un mínimo de reglamentación como medida educativa, ya que el menor debe adquirir hábitos de orden y de disciplina y un régimen de visitas demasiado amplio puede conspirar contra la correcta formación del hijo.

El reconocimiento al no guardador de la posibilidad de comunicarse con su hijo menor y de hospedarlo es uno de los tantos derechos instrumentales propios del ordenamiento jurídico familiar porque se lo reconoce con el fin de facilitar la observancia del deber paterno de vigilar y controlar la educación del hijo. Los padres pueden modificar los términos del arreglo homologado sobre el régimen de visitas cuantas veces quieran, siempre que el régimen no se torne en un caos inasible. Pero si no hay acuerdo, el convenio hace cosa juzgada formal, es decir, que sólo podría ser modificado reiterándose el debido proceso legal y probándose causas serias que aconsejen innovar. (Cám. Civ. Fam. y Suc. Tucumán, 7/6/83, *ED*, 106-496.).

c) Uso del apellido marital. De común acuerdo se podrá establecer el permiso para la mujer de seguir utilizando después del divorcio el apellido de su ex marido, señalándose las relaciones o actividades respecto de las cuales regirá esta licencia y los motivos por los cuales caducará en el futuro.

d) Atribución del hogar conyugal. Después de la sentencia de divorcio por presentación conjunta, desaparecen todos los deberes alimentarios y asistenciales que ligaban a las partes durante al convivencia matrimonial.

Esto significa que nadie podrá impedir que, como efecto del pronunciamiento judicial, se opere la disolución íntegra de la sociedad conyugal y la consecuente partición del inmueble ganancial en que estaba radicado el hogar de los esposos o su pertinente reintegro al titular del dominio de la vivienda instalada en un inmueble propio.

No rigen de ninguna manera las prerrogativas que el art. 211 le reconoce al cónyuge que no dio causa a la desunión porque, como en esta clase de juicios nadie es culpable ni inocente, ninguno podría alegar tal beneficio. Como ninguno de los cónyuges tiene preferencia para permanecer residiendo en la casa en la

que estuvo instalado el hogar conyugal, la cuestión de quien debe permanecer, retirarse o reintegrarse al inmueble configura una cuestión de hecho.

Por lo tanto, todo convenio efectuado al respecto entre los esposos disociados (sea pactando la indivisión de la ex residencia conyugal, sea otorgándole a uno de los antiguos consortes su uso gratuito u oneroso por un tiempo determinado, o sin precisar plazo, y cualquier otra combinación que pudieran acordar sobre este particular) tendrá la naturaleza patrimonial de los contratos civiles; por ende, se regirá por las normas propias de la clase de contrato que hubieran celebrado (locación, comodato, constitución de uso o de usufructo, pacto de indivisión con reconocimiento del uso exclusivo, etc). No corresponde atribuir naturaleza asistencial a tales estipulaciones porque la ley no mantiene esa índole de deberes.

Distinto es el supuesto cuando el convenio atributivo del uso del hogar conyugal no está destinado a satisfacer únicamente las necesidades habitacionales del ex esposo sino también del grupo familiar integrado por dicho progenitor y los hijos comunes cuya guarda se le reconoció. En tales casos, como a través de esa concesión temporaria se cumple –en especie- con uno de los requerimientos de la obligación alimentaria paterna, aquel convenio tiene en su esencia carácter familiar y asistencial.

e) Convenios alimentarios:

l) Para los hijos menores e incapaces. En ésta hipótesis estamos en presencia de alimentos familiares o legales pues no nacen del convenio sino que surgen de la ley, sea como uno de los deberes que la patria potestad impone a los padres respecto de sus hijos menores (arts. 265, 267, 268, 270, 271, 272, Cód. Civil) o como una de las obligaciones que emanan del parentesco (art. 367, Cód. Civil) cuando se trata de alimentos a favor de hijos mayores incapaces.

El convenio no origina la obligación alimentaria, sino que sólo cumple algunas funciones prácticas. Entre ellas, evitar controversias acerca de las necesidades a

cubrir y de la capacidad económica del alimentante y ordenar el lugar y la forma de cumplimiento; por ejemplo, si se estipula que los aranceles por la enseñanza que se le brinda a los menores serán satisfechos por el padre no guardador quien deberá abonarlos directamente en el establecimiento educacional al que concurren sus hijos; pero el fin primario de estos acuerdos consiste en fijar el monto de la cuota, el que –no obstante su determinación- queda sujeto a la esencial variabilidad propia del quantum de todos los alimentos familiares asistenciales. Esto significa que podrá modificarse la suma acordada toda vez que varíen las circunstancias fácticas, tanto del padre deudor como de los hijos alimentistas.

II) Para uno de los esposos. También los cónyuges pueden convenir que pagarán alimentos.

Mientras se sustancia el procedimiento. Los alimentos acordados en el convenio regulador a favor de alguno de los cónyuges, para regir durante el juicio o hasta la liquidación y división de la sociedad conyugal, tendrán la índole de un “anticipo de gananciales”, salvo que el juez, por motivos de equidad, los haga pesar sobre el alimentante, en cuya hipótesis revestirán naturaleza asistencial. (art. 1306).

Posteriores al pronunciamiento judicial. Si el acuerdo está destinado a regir después de la sentencia, pero versa sobre los “alimentos necesarios” del art. 209 del Cód. Civil, la presentación tiene carácter familiar-asistencial pues tales alimentos no se originan en el convenio sino que su fuente es la ley. En cambio, si no concurren los requisitos del art. 209, los alimentos que se convengan tienen génesis convencional, ya que después de la sentencia dictada por causa objetiva en procedimiento de presentación conjunta, cesan los deberes asistenciales amplios derivados del matrimonio.

Como he ido viendo a lo largo de este trabajo, “una de las notas sobresalientes que presenta nuestra actualidad contemporánea es la tendencia hacia la privacidad de los asuntos familiares y, al mismo tiempo, una disminución de los

sectores que pueden ser considerados como de orden público. Precisamente, a raíz de este proceso, terminó por imponerse el criterio de que al Derecho -por ejemplo en el vínculo matrimonial- no le compete ya intervenir para adjudicar funciones, deberes, roles y cometidos entre los cónyuges; ni que se legitimen modos de convivencia tras la discriminación entre uno u otro esposo. La tendencia apuntada determinó pues, como quedó dicho, un natural repliegue del orden público en el derecho de familia. Pareciera que se ha convertido en un valor supremo el amparo al pluralismo, objetivizado en permitir a cada individuo un manejo autónomo de sus asuntos familiares. El criterio dominante reside en no imponer modelos de virtud personal, obstruyendo la libre elección y materialización de los proyectos y estilo de vida de los sujetos. Es la vigencia entonces de la autonomía privada en el manejo que hacen los cónyuges de sus propias cuestiones y que sólo a ellos les concierne.

Lo que me interesa destacar en particular es que -fuera de esos casos extremos- se impondrá la regla de la neutralidad estatal que dará paso a la autonomía privada: le estará vedado a la comunidad interferir en la libre elección de los planes de vida de los sujetos. Estamos ante una renovada concepción acerca del respeto que merecen las decisiones de las personas (art. 19, Constitución Nacional) que hace que ya no se consienta la imposición de valoraciones estereotipadas y obsoletas emparentadas con las concepciones autoritarias, que aspiran a que los órganos del Estado se conviertan en árbitros de formas de vida y de ideales de excelencia humana”⁴¹

“Ahora bien, en el ámbito de estos desarrollos y nuevas concepciones, una autorizada doctrina ha venido sosteniendo que los acuerdos de los cónyuges en relación a sus hijos menores (por ejemplo acordando la tenencia a cargo de uno de ellos, el régimen de visitas y sus alimentos, el ejercicio conjunto de la patria potestad a pesar de su divorcio o separación, etcétera) debe inscribirse en el

⁴¹ Mizrahi, Mauricio Luis, Autonomía de la voluntad y decisiones de los padres respecto de sus hijos menores, LA LEY2003-F, 1146

campo de la autonomía de la voluntad o autonomía privada, como también se la denomina”⁴²

Siguiendo en este sentido a Mauricio Mizrahi, estimamos que aquellas cuestiones están fuera del encuadre referenciado.

Ello no quiere decir que desalentemos la iniciativa de los cónyuges en este sentido, ni mucho menos negamos –lo decíamos antes- las enormes ventajas ordenadas fundamentalmente a consolidar la paz familiar que importa la solución no litigiosa de los conflictos que atañen a su condición de padres; sino que consideramos que la celebración de tales convenios, no comporta el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

“La autonomía de la voluntad tiene su asiento en el poder de autodeterminación de la persona individual; vale decir, que se define como una facultad para autorregularse, de poder gobernarse a uno mismo. Para decirlo en las palabras de Díez-Picazo y Gullón, se trata de un "poder que el orden jurídico confiere al individuo para que gobierne sus propios intereses", y de ahí que se traduce en "reconocerle soberanía para dictar su ley en la esfera jurídica". Precisamente, y esto nos parece fundamental para lo que postulamos, como consecuencia de ese "poder", de esa "soberanía", "el acto además de libre es eficaz, vinculante". Otros autores, como Fernández Sessarego, se expresan en la misma línea de pensamiento, y resaltan que la esencia de la autonomía privada está conformada por dos notas insoslayables: una, es el establecimiento de una reglamentación para los propios intereses; la otra, es el poder vinculante, la validez de dicha reglamentación. A poco que realicemos la confrontación de los precedentes conceptos con los acuerdos que celebran los padres en relación a los hijos, sin esfuerzo advertiremos la incompatibilidad notoria entre unos y otros. Por una parte, es más que evidente que cuando los progenitores estipulan, verbigracia, quién se hará cargo de la tenencia del niño o, digamos, establecen los alimentos que a éste le han de corresponder, en absoluto están regulando sus "propios

⁴² Mizrahi, Mauricio Luis. Ob. Cit.

intereses", ni resuelven puntos que hacen a su "propia esfera jurídica". Por la otra, no es menos obvio que tales convenios no tienen el "poder vinculante" ni la "soberanía" que resulta propio de todo aquello que emana de la autonomía privada.

Los cónyuges, cuando proponen al tribunal los convenios de marras, están gestionando intereses de otros, y no los propios. Ya no se discute que los hijos no son objeto de posesión de sus padres sino titulares de derechos personalísimos, de manera que la intervención parental se encuentra prevista no ya para ejercer sus propios derechos en colisión con aquéllos -como sucedería en un sinalagma convencional que enfrenta a dos sujetos en condiciones de igualdad- sino para ayudar a guiar al niño en el ejercicio de sus derechos fundamentales; y por eso sus actuaciones se inscriben en el orden del deber y la responsabilidad (ver, entre otros, los arts. 3, 5 y 14 de la Convención sobre los Derechos del Niño -Adla, L-D, 3693-).

Cuando los padres celebran los acuerdos que nos ocupan no están en el ámbito de la propia autonomía de la voluntad sino en el ejercicio de una representación. Este instituto es el medio por el cual el ordenamiento positivo permite suplir la situación de inferioridad de los niños; por lo que cuadra destacar que estamos ante un instrumento creado no ya para que los progenitores "negocien" sus propios intereses, sino para atender el exclusivo beneficio de los incapaces.

Bien se observará entonces la muy diferente naturaleza en los casos en que un sujeto opera amparado en el principio de la autonomía de la voluntad, que aquellos en los que se desenvuelve desempeñando la representación parental. En los primeros supuestos está en juego nada menos que la misma libertad del hombre, lo que determina inexorablemente que el poder que significa la autonomía no puede ser negado a la persona por el ordenamiento jurídico; es inderogable por éste pues, de lo contrario, conllevaría a la anulación del ser humano.

La representación de los padres, en cambio, circula en otro nivel. No interviene aquí la dignidad ni la propia libertad del hombre. Si los progenitores gozan,

conforme a las leyes, de la facultad de establecer en principio las reglas a las que se ajustarán la educación y desarrollo de sus hijos eligiendo los medios apropiados para llevar a cabo su misión, es porque se estima que el desenvolvimiento del niño en el entorno familiar conforma a su identidad, a madurar su psiquismo, a humanizarlos. Por ello los padres cumplen con su labor sólo una función, y ésta es la de socializar a las nuevas generaciones, en la inteligencia que el reemplazo de los progenitores por la asistencia anónima e impersonal de los organismos burocráticos del Estado sería susceptible de provocar la muerte del amor, del deseo y de la creatividad. Muy distinta es en consecuencia esta actuación de los padres en la que no están reglamentando sus propios intereses sino conduciendo los de otros; no están enfrentados a sujetos iguales decidiendo libremente con ellos, y en autonomía, las cuestiones que les atañen, sino ejerciendo una representación puesta al servicio de una finalidad exclusivamente tutiva y que por ende no constituye un fin en sí misma.

Marcar la debida discriminación entre una y otra situación no es una mera especulación académica carente de trascendencia práctica. Si postulamos que rige en la especie el principio de autonomía de la voluntad habría que admitir que existirá un ámbito -aunque sea limitado- donde los padres podrían decidir, con efecto vinculante y en un acto de soberanía, temas que hacen a la vida y desarrollo de terceros (los hijos), sin que quepa admitirse la interferencia del órgano judicial; el que sólo intervendría en casos extremos y cuando se verificaran hechos abusivos. Y bien sabemos que predicar esta concepción es lisa y llanamente anular la Convención sobre los Derechos del Niño y convertir en letra muerta los derechos personalísimos que a éste se le consagran.

En el sentido indicado, es hoy insostenible una tradicional jurisprudencia -de quince años atrás- que afirmaba que no cabía abrir la instancia judicial para conocer la realidad en la que se hallaban inmersos los hijos si no mediaba discrepancia entre los progenitores. Si pretendemos aplicar las normas superiores que regulan el punto, en ninguna hipótesis resultaría admisible que lo decidido por los padres se erija en un valor vinculante para la judicatura. Constituye sin hesitación un deber de los jueces cerciorarse acerca de cuál es la real situación de

los niños y, en particular, verificar que hayan tenido la debida participación a la luz del art. 12 de la Convención que los protege.

La acción de la justicia en los casos indicados no configuraría una invasión de los poderes del Estado ni un dirigismo familiar, como equivocadamente se ha sostenido. Nadie puede invocar su propia privacidad -los padres- si al mismo tiempo lesiona la intimidad y dignidad de otros, los hijos. En verdad la necesaria intervención del órgano jurisdiccional, como lo quiere la mentada Convención, estaría destinada a preservar la intimidad de los niños, previniendo de que no sean "objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada" (art. 16.1).⁴³

Actualmente se encuentra en trámite el proyecto de reforma del art. 236 del Código Civil, presentado en fecha 16 de agosto de 2007, bajo el expediente N° 4116-D-2007⁴⁴, suscripto por la legisladora nacional Mabel Hilda Müller cuyo proyecto en su Art. 1º dispone: *"Sustitúyase el Art. 236 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma: Art. 236: En los casos de los Arts. 205 y 215, la demanda conjunta **deberá** contener acuerdos sobre los siguientes aspectos: 1. Tenencia y régimen de visita de los hijos; **los acuerdos a los que se arriben serán homologados por el juez con audiencia previa de los hijos, quienes podrán realizar las peticiones y observaciones que estimen pertinentes.** 2. Atribución del hogar conyugal. 3. Régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores o incapaces incluyendo los modos de actualización. También las partes podrán realizar los acuerdos que consideren convenientes acerca de los bienes de la sociedad conyugal. A falta de acuerdo la liquidación de la misma tramitará por vía sumaria. El Juez podrá objetar una o más estipulaciones de los acuerdos celebrados, cuando a su criterio, ellos afectaren gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos. Presentada la demanda, el Juez llamará a una audiencia para oír a las partes. Las manifestaciones vertidas en ella por las partes tendrán carácter reservado y no constarán en el acta. Si los cónyuges no comparecieran personalmente **sin causa***

⁴³ Mizrahi, Mauricio Luis, Autonomía de la voluntad y decisiones de los padres respecto de sus hijos menores, LA LEY2003-F, 1146

⁴⁴ Comisión de legislación general; Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.

justificada el pedido no tendrá efecto alguno. Si las partes hubieran manifestado su voluntad de continuar con el proceso de separación personal o divorcio vincular, deben ratificarla personalmente o por escrito en un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres a partir de la audiencia. En este caso, el Juez decretará la separación personal o el divorcio vincular. La sentencia se limitará a expresar la existencia de motivos que hacen moralmente imposible la vida en común, evitando mencionar las razones que la fundaron.”

CONCLUSIONES FINALES

He señalado antes, en ocasión de recordar el voto de los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctores Barra y Fayt, en la especie resuelta el 6 de abril de 1993⁴⁵, que el art. 19 de la C.N. “ha ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad, y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos conlleva la de **reaccionar u oponerse a todo propósito, posibilidad o tentativa por enervar los límites de esa prerrogativa**” (la negrita nos pertenece).

En este mismo sentido, apunto también aquella doctrina sostenida en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Rosario (2003) en la que se afirmaba que debe rechazarse la idea de limitación a la extensión y ejercicio de un derecho humano sin una estricta necesidad, y que esta necesidad recién aparece cuando la configuración de ese derecho compromete o pone en vilo el modelo de sociedad democrática.

A partir de estas premisas, y como ya la anticipara, sostengo que los cónyuges que acuerdan en el marco de un proceso de divorcio o separación personal por presentación conjunta y de conformidad al artículo 236 del Código Civil; gozan de la más amplia autonomía para reglar sus derechos y obligaciones familiares en todas sus vertientes –patrimoniales y personales-; viéndose sí limitada, cuando

⁴⁵ CSJN, 6-4-93, “Bahamonde, M. s/ Medida cautelar”, L.L. 1993-D-125

mediante esos acuerdos se pretenden regular conductas que exceden la sola voluntad de las partes, en tanto ello afecta la condición de sujetos del derecho que se les reconoce a los NNA.

La ley permite que los cónyuges puedan convenir sobre determinadas cuestiones al solicitar la separación personal y el divorcio vincular por la denominada causal de "presentación conjunta" (art. 236 Cód.Civ.).

Entre las cuestiones permitidas en el acuerdo se contempla, expresamente, lo referente a la distribución de los bienes gananciales.

Dichos acuerdos son celebrados antes de la disolución del régimen patrimonial del matrimonio, es decir, durante la sustanciación del juicio de separación personal o, en su caso, de divorcio vincular, ya sea al momento de la presentación conjunta o con posterioridad a ella, y antes de la sentencia.

De acuerdo a ello, al momento de la celebración de dicho acuerdo, el régimen patrimonial todavía se encuentra vigente, pues, recién será la sentencia de separación personal o, en su caso, de divorcio vincular, la que producirá la disolución de pleno derecho del régimen patrimonial, aunque con efecto retroactivo al momento de la presentación conjunta (conf. art. 1306, C.C.)

Desde esa inteligencia; y aún más, teniendo en cuenta que el artículo en estudio expresa: "El juez podrá objetar una o más estipulaciones de los acuerdos celebrados cuando, a su criterio, ellas afectaren gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos"⁴⁶, algunos sostienen que por sobre el acuerdo de partes (condicionado a que se decrete la separación personal o el divorcio vincular) al momento de su celebración el orden público prevalece sobre la autonomía de la voluntad, en tanto el régimen matrimonial patrimonial se encuentra todavía vigente.

⁴⁶ Artículo 236 Código Civil

No soy de este criterio; sostengo más bien, que los cónyuges que formulan convenios durante la sustanciación del divorcio o separación personal por presentación conjunta gozan de la más plena autonomía para regular sus derechos y que dicha autonomía se halla validada y respaldada por una parte, por los efectos retroactivos que produce la sentencia a la fecha de la presentación conjunta (art. 1306 Cód. Civ.) y por otra, porque cabe cuestionar, a la luz de la razonabilidad exigida por nuestra carta magna, la constitucionalidad del sistema instaurado por el derecho reglamentario (236 Cód. Civ.) en lo que se refiere a las prerrogativas omnímodas que se le confiere al juez, para objetar los acuerdos de partes.

El principio de razonabilidad, fundamentalmente significa que las reglamentaciones legislativas, deben ser razonables, fijándose condiciones y limitaciones adecuadas al espíritu y a la letra de las normas constitucionales. **Lo razonable, es lo proporcionado al efecto, lo exigido por la igualdad y la equidad.**

En este sentido, no resulta adecuado a este principio, bajo pretexto de orden público, cercenar esa esfera de señorío, que la Constitución reconoce al individuo, sin advertirse de modo alguno, la necesidad de tal limitación o el compromiso del modelo de sociedad democrática (al decir de Dutto y Feldman).

Observo que (en el tiempo presente) ninguno de los fines que el carácter de orden público de la norma pretende resguardar puede considerarse válidamente vigente; lo que nos recuerda la postura del ministro Petracchi en su voto en el caso “*Sejean*” en el que destacaba como principio de interpretación de la Constitución, que una exégesis estática, restringida a las circunstancias de su sanción, no es adecuada, y que “las normas de la Constitución están destinadas a perdurar regulando la evolución de la vida nacional” debiendo evitarse “el riesgo de que la

realidad social desborde a la realidad jurídica transformándola en un conjunto de principios sin contenido social y, por ende, sin aplicación práctica”

Así advierto que la protección del cónyuge débil ya no resulta sustentable, por cuanto rige el mandato constitucional de equiparación del hombre y la mujer y la renovada conceptualización de los roles sociales de ésta última.

La protección de terceros acreedores, se garantiza más bien con un adecuado sistema de publicidad, que con la restricción de la libertad individual.

Por otra parte, no resulta razonable y hasta deviene absurdo, que con manifiesta arbitrariedad y trato desigual, se aborde de manera diferenciada la cuestión patrimonial acordada por los cónyuges, si el pacto se celebró durante la fugaz sustanciación de la presentación conjunta o luego de disuelta la sociedad conyugal, momento a partir del cual, como sabemos, las partes recobran la autonomía de la libertad.

Es decir, que un instante en el tiempo, hace desaparecer (según aquella corriente) los riesgos que el orden público se esfuerza en sortear.

Por ello, estimo inconstitucionales las prerrogativas acordadas al juez para objetar los convenios formulados por los cónyuges, en cualquiera de sus dos vertientes, siempre que estos convenios (ya sean de naturaleza contractual o el de una simple convención jurídica) regulen exclusivamente las relaciones patrimoniales o personales entre éstos.

Ahora bien, el orden público sí se encuentra comprometido cuando estos convenios aspiran a regular relaciones familiares que implican a otros sujetos distintos de los cónyuges, sobre los que evidentemente, no se puede imponer la voluntad autónoma concertada de estos últimos.

Pero también, ese mismo estudio de campo, nos permite afirmar, que en el ámbito patrimonial y personal exclusivo de los cónyuges, la realidad jurídica se impone al

contenido restrictivo de esta norma en estudio; por lo que estimo que el artículo 236 del Código Civil debe ser revisado legislativamente en estos aspectos, so pena de quedar abstracto.

BIBLIOGRAFÍA

Arianna, Carlos Alberto, p. 14

Atilio A. Alterini, Roberto M. López Cabana, La autonomía de la voluntad en el contrato moderno, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, Pág. 9

Belluscio, Augusto C." Manual de Derecho de Familia". Ed. Depalma.

Bidart Campos, German J. "Intimidad y autonomía de la voluntad en el derecho de familia: ¿Para que, hasta donde, con que alcance" en Derecho de Familia Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Nº 15, p.9. Abeledo Perrot, octubre de 1999

Bidart Campos, Germán J., "El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa", Buenos Aires, Ediar, 1995

Bidart Campos, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, t. I-B, pág. 51

BORDA, Guillermo A., "Contratos", p. 11, Buenos Aires, 1976
Borda, Guillermo, "Concepto de ley de orden público", LA LEY, 58-997.

CC y C Bahía Blanca, agosto 20-1971, ED 38-308.

CN Civ Sala C, abril 17-980) ED 89/141 (Idem Sala B diciembre 12-988) ED, 135-441.

CN Civ, Sala C, diciembre 7-983) ED 109-227 (Idem junio 14-983) ED, 106-495 – (Idem, Sala H, septiembre 27-995, 166-515).

CN Civ, Sala C, diciembre 7-983. ED, 109-222 – (Idem junio 14-983) ED 106-495 (Idem, septiembre 13-979) ED 85-539- (Idem Sala A, febrero 27-987) La Ley, 1987-C, 307.

CNCiv, en pleno, 24/12/1982, "E.D.", 102-519.

CNCiv., en pleno, diciembre 24-982, Rev. LA LEY, t. 1983-A, p. 483; t. 1983-C, p. 487.

Comisión de legislación general; Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia

Cornu, Gerard, Droit Civil. Introduction, les personnes, les biens, Paris, 1985, Nº 289

CSJN, "Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S. A. s/ daños y perjuicios", Fallos 306:1892

CSJN, 6-4-93, "Bahamonde, M. s/ Medida Cautelar", L.L. 1993-D-125

Dalla Via, Alberto R., "Relevancia del orden público en la afirmación de la autonomía personal, JA, 1998-III-1093, Lexis Nº 0003/000523

Dutto, Ricardo J. y Feldman, Gustavo E., Ponencia sobre "La inconstitucionalidad del plazo legal de espera del divorcio por separación de hecho con fundamento en la supremacía legal de las Declaraciones, Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, incorporados a la Constitución Nacional en 1994" XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 2003

Gil Domínguez, Andrés; Fama, María Victoria; Herrera, Marisa, "Derecho Constitucional de Familia", Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 2006, Pág. 220

Gil Domínguez, Andrés; Fama, María Victoria; Herrera, Marisa, "Derecho Constitucional de Familia", Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 2006, Pág. 246

Gil Domínguez, Andrés; Fama, María Victoria; Herrera, Marisa, Derecho Constitucional de Familia, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 2006, Pág. 246

Grosman, Cecilia P. y Minyersky, Nelly, "Los convenios de liquidación de la sociedad conyugal", Bs. As., 1976 pag. 38/39).

Grosman, Cecilia P. y Minyersky, Nelly, "Los convenios de liquidación de la sociedad conyugal", Bs. As., 1976 pag. 106/107.

Llambías, Jorge Joaquín. " Tratado de Derecho Civil. Parte General." Ed. Perrot. Buenos Aires.

Lloveras Nora-Salomón Marcelo, "El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional", Pág. 273

Lloveras Nora-Salomón Marcelo, "El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional", Pág. 71

Medina Graciela, "El divorcio por presentación conjunta y los convenios de disolución de la sociedad conyugal",

Méndez Costa, Maria Josefa. op. cít.

MESSINEO, Francisco, "Doctrina general del contrato", t. I, p. 15, Buenos Aires, 1952.

Mizrahi, Mauricio Luis, Autonomía de la voluntad y decisiones de los padres respecto de sus hijos menores, LA LEY2003-F, 1146

Risolía, Marco Aurelio, Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958, págs. 51 y ss.

SALVAT, Raymundo M., "Tratado de Derecho Civil Argentino Fuente de las Obligaciones". Actualización de Arturo Acuña Anzorena, Buenos Aires, t. I, p. 16, 1957.

SC Buenos Aires, febrero 17-987, "C. de P., A. c. P., O. R.", Rev. LA LEY, t. 1987-C, p. 346.

SC Buenos Aires, febrero 17-987, LL 7987-C, 349

SC, Buenos Aires, octubre 27 – 987) La Ley, 1988-A, 333 – JA 1989-III-757.

SC, Mendoza, Sala 1º, octubre 21-996, JA, 1997-II-619.

Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª, 21/10/1996, "P., A. y S., D. F.", JA 1997-II-619 . Con nota de María J. Méndez Costa. El juez de primera instancia había anulado el convenio suscripto con anterioridad a la demanda de divorcio por presentación conjunta e incluido en el expediente después de dictada la sentencia de divorcio; la Cámara de Apelaciones entendió que el art. 236 CCiv. no prescribe la exigencia de elevación del convenio al juez antes de la sentencia, sino que se trata de una facultad

Szylowicki, Susana; Comentario a fallo publicado en Derecho de Familia 15-222

Autor: Dra. Silvia Escobar de Monferrer