

LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN EL ART. 90 DEL CODIGO CIVIL Y EN EL DERECHO CIVIL DE NAVARRA: SUS CONCORDANCIAS Y DIFERENCIAS

FRANCISCO SALINAS QUIJADA

SUMARIO: 1. La familia, como elemento natural y fundamental de la sociedad, debe ser protegida por el Estado.—2. La familia como institución social y como organización política.—3. El Derecho de familia: su naturaleza de Derecho cuasi-público.—4. El principio de subsidiariedad de la intervención del Estado en la familia.—5. El principio de neutralidad o ideología del permisivismo.—6. La autonomía de la voluntad como instrumento del permisivismo.—7. El permisivismo autonómico y la privatización del matrimonio.—8. El convenio del art. 90 del C.C. como negocio jurídico familiar.—9. La autonomía de la voluntad en el Derecho de familia del Derecho civil foral de Navarra.—10. Connotaciones del convenio y la autonomía civil foral: A) No hay paridad ni en intensidad ni en extensión entre una y otra autonomía; B) El convenio regulador de los arts. 90 y 103 del Código Civil supone un acercamiento del Derecho común al Derecho foral; C) No obstante, ambas autonomías común y foral, radicalmente son dispares tanto por los principios que las inspiran, como por los efectos que producen.—11. El ejercicio de la autonomía de la voluntad: el buen uso foral, y cautelas para evitar el abuso en la ruptura matrimonial.

1. LA FAMILIA, COMO ELEMENTO NATURAL Y FUNDAMENTAL DE LA SOCIEDAD, DEBE SER PROTEGIDA POR EL ESTADO

Afirmar que la familia es importante resultaría verdaderamente innecesario en estos tiempos, por lo mucho que se habló y se escribió abundando en este aspecto del tema.

Pero, precisamente si se ha reiterado hasta la saciedad que la familia es trascendente respecto a la sociedad y al Estado, es por-

que, si bien estamos todos de acuerdo de su papel relevante en el colectivo social, sin embargo hay muchos que no le asignan el grado actuante que le corresponde, tanto en su intensidad como en su extensión.

Y de los diversos campos especializados de las Ciencias, y desde los distintos enfoques de los criterios convergentes en la materia: ad exemplum, sociólogos, juristas, moralistas, economistas, biólogos, etc., se ha venido repitiendo sin cesar esta llamada de atención sobre su significación cardinal.

Se ha dicho que la formación humana íntegra de los miembros de la familia es la contribución más importante que la familia hace a la vida social.

Por otra parte, la familia sirve de inspiración, modelo y estímulo para cualquier otro grupo que quiera cumplir la idea societaria. Aun allí donde surjan otras formas de comunidad ideadas para suplir las insuficiencias de la familia frente a las características del mundo actual, serán valores familiares de todos los tiempos los que den aliento a las nuevas estructuras asociativas; y únicamente tendrán verdadero éxito los intentos, en cuanto mantengan la fidelidad a dicho espíritu¹.

Como escribe Amadeo de Fuenmayor: «Una característica común a los ordenamientos jurídicos de nuestro tiempo es la proclamación de la especial tutela que merece la familia, en cuanto constituye un elemento fundamental de la sociedad. Se trata de un principio acogido, con cierto tono enfático, tanto en las Constituciones políticas como en los textos internacionales sobre derechos humanos»².

Y es el mismo Fuenmayor quien anota, a seguido, una serie de textos que recogen este principio tuitivo de la familia con notable profusión: desde el art. 16, ap. 3 de la Declaración Universal de derechos humanos de la ONU (10-XII-1948), que dice: «*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*», hasta la Declaración de la ONU sobre el progreso y el desarrollo en lo social, de 11 de diciembre de 1969, artículo 4.º, que se expresa así: «*La familia, como unidad básica de la sociedad y medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños*

1. CADAHIA, Jesús, *La familia. Matrimonio. Hogar. Hijos*, Madrid, 1979, pág. 24.

2. FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo de, *Derechos fundamentales y familia cristiana*, en *Actes du IV Congrès International de Droit Canonique*, publié par /Herausgegeben von/ A cura di Eugenio Corecco, Niklaus Herzog, Angelo Scola, Friburgo, 1981, pág. 969.

y los jóvenes, debe ser ayudada y protegida para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad. Los padres tienen el derecho exclusivo a determinar el número y espaciamiento de sus hijos»; además de otros textos que se manifiestan en parecidos términos, como los proclamados: en la IX Conferencia Interamericana, reunida en Bogotá en 1948; en el art. 16 de la Carta Social Europea, adoptada en Turín el 18 de octubre de 1961; en el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de la ONU, de 16-XII-1966, art. 10, ap. 1); en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de la ONU, de 16-XII-1966, art. 23, ap. 1); y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la OEA, de 22-XI-1969, art. 17, ap. 1³.

Y así iríamos multiplicando las citas coincidentes todas en destacar a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, y, por lo mismo, debe protegerse.

2. LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN SOCIAL Y COMO ORGANIZACIÓN POLÍTICA

Nuestro interés es contemplar la familia con respecto al Derecho regulador de la misma.

Y bajo este aspecto, y en lo que conviene a la sistemática de nuestro estudio, es bueno considerar que la familia es una institución jurídica, pero ante todo es una institución social.

En efecto, la familia está basada fundamentalmente en la diversidad de sexos, que da lugar al matrimonio, y de edades, que da lugar a la patria potestad sobre los hijos. En orden a estas realidades sociales convergen, de una parte, el Derecho, y de otra, la religión, la ética y las costumbres, disciplinando cada uno de estos rangos normativos los organismos familiares, desde su punto de vista.

Pero además de tal normatividad ética, que recae sobre la familia, ésta tiene, como institución social, una gran importancia para el Estado como organización política. Por eso, mientras que el Estado puede abandonar en general el resto del Derecho privado a la resultante de los intereses particulares, no puede en cambio hacer lo mismo con las instituciones familiares que, por el contrario, ha de regular y vigilar, dado el evidente interés general de las mismas; siendo consecuencia de ello que los derechos familiares sean inalienables, irrenunciables e imprescriptibles, y la normal atribu-

3. Ibídem, págs. 969 y 970.

ción de estos derechos tan sólo un medio de cumplir los deberes, a lo que contribuye la frecuente aplicación a esta materia del concepto de *status*, cuyas acciones reúnen estas características que señalamos a los derechos⁴.

Es decir, que el fondo ético de las instituciones del Derecho de familia, el predominio de las relaciones estrictamente personales sobre las patrimoniales y la primacía del interés social sobre el individual, asignan al Derecho de familia un carácter más peculiar entre los distintos órdenes que integran el Derecho civil⁵.

3. EL DERECHO DE FAMILIA: SU NATURALEZA DE DERECHO CUASI-PÚBLICO

Ahora bien se entiende el problema suscitado hace tiempo sobre la verdadera naturaleza del Derecho familiar. ¿Es un Derecho que debe permanecer integrado en el Derecho privado o, por el contrario, pertenece más bien al Derecho público?

Tradicionalmente siempre se incluyó al Derecho de familia dentro del Derecho privado, pero no dejó de haber juristas que defendieran posturas distintas, como en España Sánchez Román estimando que por la naturaleza especial de este Derecho, no podía equipararse ni al Derecho público ni al Derecho privado, siguiendo la misma línea trazada por Schäffle⁶.

Sin embargo, fue Cicu el primer civilista que trató de modo orgánico la cuestión, alcanzando su doctrina una gran trascendencia, aun cuando haya sido muy discutida.

Antonio Cicu, profesor de la Universidad de Bolonia, ya en el año 1914 defendió la afinidad del Derecho de familia con el Derecho público, y la clara diferencia de aquel Derecho con el restante Derecho civil.

Según Cicu el Derecho privado es el que regula la satisfacción de los intereses individuales, en cuya realización actúa la voluntad autónoma e independiente del individuo, persiguiendo su propio interés particular distinto y contrapuesto al de los otros individuos,

4. ESPIN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho civil español*, vol. IV, *Familia*, 6.ª ed., Madrid, 1981, págs. 4 y 5.

5. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, t. V, vol. 1.º, *Relaciones conyugales*, 9.ª ed., revisada y puesta al día por García Cantero y Castán Vázquez, Madrid, 1976, págs. 44, 45 y 46.

6. SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho civil*, t. V., *Derecho de familia*, 2 vols., Madrid, 1898, págs. 11 y 43.

mientras que en la relación de Derecho público hay un único interés, el interés público, y voluntades convergentes a su satisfacción.

Para Cicu, esto es lo mismo que viene a suceder en el Derecho de familia, en el que las voluntades se supeditan a un interés superior y unitario; pues ni en la relación entre los esposos, ni en las relaciones paterno-filiales, los derechos concedidos a los individuos tienen por base un interés individual, ni la voluntad puede configurar a su arbitrio la relación.

Es menester señalar que en el año 1955 Cicu modificó su propia doctrina, estimando que si bien podía mantenerse su postura en orden a la estructura de la relación jurídica que diferencia claramente el Derecho de familia del resto del Derecho privado, la carencia del concepto de *soberanía* lo aleja del Derecho público. Y no se entienda que haya una ausencia total de *poder* en el Derecho de familia; pero este poder es distinto de la *soberanía*, porque se trata de un poder sólo sobre determinados individuos, y de duración limitada, siendo el interés de personas muy concretas, y de contenido muy limitado⁷.

Sin embargo, la doctrina de Cicu tuvo influencia en la doctrina de autores, especialmente la alemana⁸.

Lo que no cabe duda alguna que, si bien no puede considerarse al Derecho de familia como parte integrante del Derecho público, sí guarda notables similitudes con el mismo; lo que todavía resulta tanto más apreciable cuanto que conocida es la confusión de los límites que configuran al Derecho privado y al Derecho público, cuyas normativas no se encierran en departamentos estancos, sino que se hallan entremezcladas en buena parte, irrogando situaciones de recíproco desplazamiento.

Si la tesis de Cicu sostenida inicialmente no puede admitirse sin reservas, porque —sobre lo dicho— el carácter preceptivo y no simplemente dispositivo de las normas del Derecho de familia se

7. CICU, Antonio, *Lo spirito del Diritto di famiglia*, Macerata, 1914; *Il Diritto di famiglia*, Roma, 1915; *Lo spirito del Diritto familiare nel nuovo codice civile*, en «Riv. di Diritto civile», 1939; *Cómo llegué a la sistematización del Derecho de familia*, en la «Revista de Derecho Privado», t. XXXVI, núm. 420, marzo, 1952, etc.

8. LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho de familia*, I, 3.ª ed., Barcelona, 1978. Respecto a la influencia de Cicu en la doctrina alemana moderna, se hace notar y se cita las opiniones de Eichler, que defiende no se trata el Derecho de familia de un Derecho privado típico; la de Lehmann, que estima que con arreglo a su contenido pertenece más bien al Derecho social; y la de Bosch sosteniendo que no contiene Derecho civil en su sentido más estricto, sino Derecho social.

manifiesta en otras instituciones reguladas por el Derecho privado, es aceptable la apreciación que hace el ilustre profesor de Bolonia sobre las singularidades que ofrece este Derecho familiar, muy diferente a las demás ramas del Derecho privado.

Estas características propias del Derecho de familia —escribe Espín Cánovas— le dan una fisonomía *publicística*, que ha hecho pensar en la pertenencia del mismo al Derecho público, o bien en crear una zona próxima al mismo, intermedia entre éste y el Derecho privado, integrada por el Derecho de familia, o, finalmente, aun rechazando la inclusión del Derecho de familia en el público, así como su exclusión del privado, afirmar simplemente que, aún dentro de la órbita del Derecho privado, mantiene una posición destacada frente al resto del mismo⁹.

De todo lo que llevamos expuesto bien podemos llegar a la conclusión que el Derecho de familia viene a resultar un Derecho que podríamos denominar cuasi-público, porque de seguir manteniéndolo en el área estricta del Derecho privado tendríamos que reconocerle tal autonomía que la cuestión entonces se reduciría a un problema de terminología, pero nunca de contenido.

4. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA FAMILIA

Nuestro corolario del momento es que:

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado,

La familia es una institución jurídica, pero también es una institución social que goza de una gran importancia para el Estado, como organización política, y

La familia está regulada por un Derecho cuasi-público, distinto, por ende, de las demás ramas del Derecho privado.

Con la incidencia en la comunidad humana de tales proposiciones, está bien justificado el interés del Estado de vigilar de cerca la institución, bien manifestado en el art. 39 de la Constitución vigente que determina: «Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia».

9. ESPÍN CÁNOVAS, Obra y tomo citados, pág. 5.

Claro está que a mi modo de ver, como hace tiempo escribí, esta intervención estatal debe regirse por el «principio de subsidiariedad», cuyo fundamento estriba en la regulación de la vida de los particulares y de los grupos en orden al bien común, prestando ayuda a los miembros del cuerpo social, pero sin destruirlos ni absorberlos.

La función del Estado debe actuar, pues, de modo supletorio y primordialmente cuando los padres han incidido en incapacidad o indignidad; pero sin extralimitaciones que irroguen males mayores, siempre con carácter de protección y ayuda, favoreciendo su desarrollo, y creando las condiciones materiales, jurídicas y morales que hagan posible su realización¹⁰.

Esto viene a escribir Clemente de Diego cuando distingue en la familia el Derecho interno del Derecho externo. El primero, el que la familia vive, concibe y practica sin extraña intervención; el segundo, el que, dándose también en las relaciones interiores o exteriores de la familia, marca la intervención de extraño poder o ajena ingerencia.

Como explica este ilustre civilista, la realidad de esta distinción es evidente: en el seno de la familia, se dan una porción de relaciones, ora entre los miembros de la familia, ora con otras entidades de fuera (entre cónyuges, sentimientos internos, dirección de educación, prácticas y usos sociales), que escapan a toda reglamentación exterior por parte del Estado, y la misión de éste es reconocer toda esa esfera autárquica en que se mueve la familia. Pero, en cambio, en esas mismas relaciones habrá de cuidar y garantizar y protegerlo en las trasgresiones, y, por otra parte, tendrá que condicionar su efectividad en el exterior para que no sean negadas por nadie, reconociendo la personalidad de la familia y favoreciendo y coadyuvando al cumplimiento de sus fines¹¹.

En primer lugar, una misión espiritual y moral como refugio de la civilización y de los afectos humanos: de esa atmósfera de ayuda mutua, abnegación y sacrificio, en la que se ha de desarrollar lo mejor de todos cuantos la componen; concluyendo Lacruz-Sancho, que a mantener una estructura familiar propicia al cumplimiento de esas finalidades tiende el Estado a través de leyes civiles,

10. SALINAS QUIJADA, Francisco, *La familia y el Estado*, en el Diario ABC, de 14 de Agosto de 1979.

11. CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Instituciones de Derecho civil español*, nueva edición revisada y puesta al día por Alfonso de Cossío y Corral y Antonio Gullón Ballesteros, 3 tomos, Tomo II, *Derecho de obligaciones. Contratos. Derecho de familia*, Madrid, 1959, págs. 439 y 440.

sociales, fiscales y aun penales, no con el fin de sustituir a la familia, sino el de facilitarle el cumplimiento de su misión, supliendo la acción de los esposos y los padres donde ellos no puedan llegar; favoreciendo la creación de nuevas familias y el aumento de las existentes, aportando oportunidades para la prole, y cerciorándose de que las funciones familiares se desempeñan debidamente y que los miembros débiles no son objeto de abuso por parte de los fuertes ¹².

5. EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD O IDEOLOGÍA DEL PERMISIVISMO

Estamos escribiendo de *familia*, de *Derecho de familia*, y que hemos repetido constituye la raíz de la sociedad.

Pues bien, la raíz de la familia no es otra que el matrimonio, guardando ambas instituciones una íntima conexión tanto en lo que de positivo gozan, como en lo que recíprocamente pueden irrogarles sus individuales efectos negativos.

Más todavía, en la historia, la familia aparece como una comunidad orgánica que, creada por el matrimonio, está compuesta, al menos, por progenitores y procreados, y en la que pueden participar otras personas conviventes o no, unidas por lazos de sangre, ya por el vínculo de la sumisión a una misma autoridad ¹³.

Es decir, que el matrimonio constituye la base fundamental de la familia, es el *principium urbis et quasi seminarium reipublicae*, es lo que le atribuye a la familia certeza y seguridad.

Ahora bien, el matrimonio da la organización de la vida sexual y el cuidado de la prole, cuya reglamentación está fundada en el principio del matrimonio monogámico ¹⁴; exigiendo esta íntima unión, como mutua entrega de dos personas, lo mismo que el bien de los hijos, plena fidelidad conyugal y su indisoluble unidad ¹⁵.

Es claro, pues, que las propiedades esenciales de todo matrimonio son la unidad y la indisolubilidad del vínculo.

Ahora bien, cualquier lesión que se produzca en la unidad o indisolubilidad matrimonial, irrogará necesariamente una lesión en la familia.

12. LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, Obra y tomo citados, pág. 18.

13. LACRUZ BERDEJO, *Familia*, II, *Derecho civil*, en la Gran Enciclopedia Rialp, GER, tomo IX, Madrid, 1972, pág. 720.

14. DE BUEN, Demófilo, *Derecho civil español común*, vol. II 2.ª ed., Madrid, 1931, pág. 6.

15. CONCILIO VATICANO II, *Constitución sobre la Iglesia en el mundo actual*, El carácter sagrado del matrimonio y de la familia, n.º 48.

Y a esto nos llevan algunas corrientes legislativas del Derecho comparado, que se han introducido recientemente en la Constitución española, y en el Código civil, presentando como nota característica la creciente privatización del matrimonio y de la familia, que se inspira en el *principio de neutralidad o ideología del permisivismo*.

Como escribe Amadeo de Fuenmayor, en el nuevo planteamiento, el subjetivismo es llevado a sus últimas consecuencias; el matrimonio y la familia pierden su entidad objetiva. El proceso se realiza mediante un verdadero retroceso del Derecho, en las dos parcelas que, durante siglos, procuraron la tutela de ambas instituciones: el Derecho civil y el Derecho penal. El proceso se ha realizado con el concurso de estos tres factores:

a) el influjo decisivo del individualismo que desconoce la idea de mutuo compromiso o de permanente fidelidad y desconecta las dos instituciones —matrimonio y familia— para reservar la tutela jurídica en favor de la libertad individual de los cónyuges, que —en caso de conflicto— prevalece sobre la defensa de los valores de la familia;

b) la legalización de situaciones que, anteriormente, eran situaciones de hecho sin relevancia jurídica;

c) la despenalización de conductas lesivas de los valores que, con anterioridad, querían protegerse jurídicamente en el matrimonio.

Se produce un desmantelamiento del Derecho penal, cuyo fenómeno no podía dejar de producirse como consecuencia de las nuevas normas del Derecho civil sobre el matrimonio. Y al desamparo producido por esta despenalización se ha añadido otro importante ataque a la institución matrimonial con la que se ha denominado *maniobra envolvente*, consistente en el reconocimiento de la *unión libre* que ha adquirido carta de ciudadanía junto al matrimonio, y que de inmoral o ilícita ha llegado a ser lícita, y aun legal en diversos aspectos, en el sentido de ser ahora una situación *regida por la ley, incorporada al campo jurídico*¹⁶.

6. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO INSTRUMENTO DEL PERMISIVISMO

Como instrumento favorable a la puesta en práctica del principio de neutralidad o ideología del permisivismo, que acabamos de

16. FUENMAYOR CHAMPÍN, Obra citada, págs. 972 y 973.

señalar, las legislaciones que en el mismo inciden, otorgan una mayor autonomía de la voluntad a los cónyuges, cuya limitación en el Derecho familiar es bien frecuente, pues muchas de sus normas son imperativas e inderogables; y correlativamente, los derechos-deberes familiares no pueden ser objeto de transmisión o renuncia, cuya posibilidad es normal y frecuente en el ejercicio de los demás derechos.

Precisamente antes dejamos escrito que por razón de ser la familia el elemento natural y fundamental de la sociedad, y tratarse de una institución social además de jurídica, el Derecho de familia era un Derecho cuasi-público, integrado en buena parte por normas preceptivas más que dispositivas, que facilitaban al Estado su vigilancia y control, el que, si bien en su función de subsidiariedad debe respetar el Derecho interno de la misma, y no sólo respetarlo sino protegerlo, también decíamos que en su Derecho externo el Estado debe favorecer y coadyuvar al cumplimiento de sus fines.

Y malamente puede justificarse una legislación estatal, que no sólo no ayuda ni coadyuva a los fines del matrimonio: procreación y educación de la prole, ni ampara sus propiedades esenciales: unidad e indisolubilidad del vínculo, sino que se desentiende de esta misión tuitiva, y, por el contrario, promulga unas disposiciones que atentan a la procreación y educación de la prole, y lesionan la unidad e indisolubilidad del vínculo matrimonial.

Y con este ataque a la institución del matrimonio, trasciende negativa y desfavorablemente a la familia, pues también quedó expuesto cómo el matrimonio es la base de la familia, repercutiendo en ésta todo lo afectante a aquél.

Y si la familia —según dijimos— es la cédula, el elemento natural y fundamental de la sociedad, y que goza de una gran importancia para el Estado, fácil es concluir, en esta cadena de raíces y dependencias, en este tracto sucesivo, que todo lo que resulte perjudicial para el matrimonio, es dañino para la familia, para la sociedad y para el propio Estado, que legisla en su propio mal.

Ello justifica la sistemática del presente estudio en lo que llevamos expuesto, que comenzamos por los prolegómenos de la familia para poder afirmarnos en estas conclusiones.

7. EL PERMISIVISMO AUTONÓMICO Y LA PRIVATIZACIÓN DEL MATRIMONIO

Unas conclusiones que vamos a traerlas desde la doctrina general del Derecho, en que hasta ahora nos hemos movido, a nues-

tro propio Derecho positivo; a la reforma del Título IV del Libro I del Código civil llevada a efecto por la Ley de 7 de julio de 1981.

Como escribe López Alarcón, una dirección muy acusada del nuevo régimen del divorcio y de la separación es la destacada importancia que se otorga a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, en un intento de privatización del matrimonio, los cuales pueden establecer por mutuo acuerdo el único motivo de la separación, o la abreviación del tiempo y de los trámites procesales para obtener el divorcio o la separación. Por otro lado, también disponen los cónyuges de amplias facultades para ordenar convencionalmente el régimen personal y económico del *status separationis vel divortii*¹⁷.

8. EL CONVENIO DEL ART. 90 DEL C.C. COMO NEGOCIO JURÍDICO FAMILIAR

No voy a entrar en el tema del divorcio como algo lesivo para la institución de la familia, de la sociedad y del Estado, entre otras razones porque ya escribí sobre el tema, respecto a su antiforalidad en Navarra, cuya publicación es inminente.

Voy a polarizar la atención sobre el art. 90 reformado del Código civil en cuanto resulte afectante a lo ya expuesto, dentro de la sistemática prevista en la materia.

El art. 90 reformado del Código civil, trata del convenio regulador a que se refieren los arts. 81 y 86 del mismo Cuerpo legal.

Según el primero de estos artículos, se decretará judicialmente la separación cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, cuando lo pidan ambos cónyuges o uno de ellos con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año de matrimonio pero deberá necesariamente acompañarse a la demanda la *propuesta* del convenio regulador de la separación conforme a los artículos 90 y 103 de este Código; y, asimismo, cuando se trate de un divorcio solicitado por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro, deberá también necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial la propuesta de convenio regulador de sus efectos, según terminante prescripción del último párrafo del art. 86.

17. LÓPEZ ALARCÓN, Mariano, *El acuerdo de los cónyuges en la separación y en el divorcio*, en la Revista Jurídica Española «La Ley», t. 4, Madrid, 1981, págs. 851 y ss.

El art. 90 determina los extremos a los que se ha de referir el convenio regulador, y el art. 103 los viene a precisar mediante la enumeración de las medidas que relaciona.

¿Qué naturaleza jurídica tiene este convenio regulador?

Hoy no existe problema alguno en su determinación después de haber tomado cuerpo en la doctrina la posible integración de diversos actos de la esfera del Derecho de familia en una eventual categoría que pudiera denominarse «acto jurídico familiar» o «negocio jurídico del Derecho de familia».

Castán Vázquez, elaboró íntegramente la doctrina acerca del negocio jurídico familiar, recogiendo las opiniones de ilustres civilistas nacionales y extranjeros, de forma certera y exhaustiva¹⁸. Insistiendo en lo recogido por Castán Vázquez adelantaremos que ya von Thur, había observado que no sólo existen negocios jurídicos de Derecho patrimonial y hereditario, sino también de Derecho de familia, en la medida en que en esta materia se admite la autonomía del individuo¹⁹.

Esto es muy importante en orden a nuestra tesis, pues precisamente expusimos anteriormente la ruptura de los límites a la autonomía de la voluntad propios del Derecho de familia, lo que irroga precisamente la posibilidad de calificar al convenio regulador de un negocio jurídico familiar, precisamente cuando la ley de 7 de julio de 1981 lo recoge como un intento de privatización del matrimonio.

Betti, tan convencido estaba de la incidencia de los negocios jurídicos familiares, que los integró dentro de su doctrina general sobre el negocio jurídico²⁰.

No obstante todas estas alusiones a la institución, fue la doctrina argentina la que coadyuvó al estudio de su naturaleza, esbozada —en un principio— en trabajos de los profesores Lafaille, Molinario y Spota, y desarrollada específica y ampliamente por Díaz de Guijarro. Según este autor, son actos jurídicos familiares los actos voluntarios lícitos que tengan por fin inmediato el emplazamiento

18. CASTÁN VÁZQUEZ, José María, 4. *Cuestión acerca del negocio jurídico familiar*, epígrafe 4, del ap. II, del cap. CIX, Sección primera del *Derecho civil español común y foral*, de José Castán Tobeñas, tomo 5.º, vol. 1.º, 9.ª ed., revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero y José María Castán Vázquez, Madrid, 1976, págs. 51-55.

19. VON THUR, *Derecho civil*, trad. de Ravá, t. II, Buenos Aires, 1946-48, pág. 165.

20. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. de Antonio Martín Pérez, Madrid, pág. 212.

en el estado de familia o la regulación de las facultades emergentes de los derechos subjetivos familiares ²¹.

Pero dejando a un lado otros testimonios de Derecho comparado, en orden a la doctrina española, García Cantero, ya en el año 1959, apuntó la posibilidad de los negocios jurídicos de Derecho de familia, idénticos a los esponsales, la reconciliación de los cónyuges separados, la adopción del mayor de edad, la emancipación por concesión del padre o de la madre, etc. ²².

Díez Picazo define el negocio jurídico familiar como aquel acto de autonomía de las personas que tiene por objeto la constitución, modificación, extinción o reglamentación de una relación jurídica familiar ²³.

Pero si cuando escribieron estos autores sobre el Derecho español, era clara su aceptación del negocio jurídico familiar, como así el profesor De Castro ²⁴, teniendo en cuenta que en aquel entonces existían unas terminantes limitaciones a la autonomía de la voluntad de los esposos en el matrimonio, autonomía que es precisamente lo que anima a traer el negocio jurídico al Derecho de familia, tanto más podríamos —hoy día— calificar de negocio jurídico el convenio previo a la separación o divorcio, regulado en los arts. 90 y 103 del Código civil, reformados por la ley de 7 de julio de 1981, cuanto que —como venimos insistiendo— tal disposición mucho destaca y gran importancia concede a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, en sus deseos —y también propósito— de privatización del matrimonio.

Por ello, no nos ha extrañado en absoluto, que López Alarcón con decisión y acierto haya definido a este negocio previo a la separación o divorcio, como un negocio jurídico bilateral, consentido por ambos cónyuges, típico del Derecho de Familia por su naturaleza y contenido, en el que aquéllos convienen establecer el régimen jurídico del matrimonio separado o divorciado, tanto en sus aspectos personales como en los patrimoniales ²⁵.

21. DÍAZ DE GUILLARRO, *Concepto y naturaleza del acto jurídico familiar*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, mayo, 1966, págs. 679 y ss.

22. GARCÍA CANTERO, Gabriel, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, pág. 31.

23. Díez-PICAZO, Luis, *El negocio jurídico del Derecho de familia*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, junio, 1962; y ed. separada, pág. 12.

24. DE CASTRO, Federico, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág. 37.

25. LÓPEZ ALARCÓN, Obra citada, pág. 856.

Negocio jurídico bilateral, típico del Derecho de Familia, afectante a aspectos *personales* y *patrimoniales*.

Díaz de Guijarro, en uno de sus estudios señala los pros y contras de algunos actos concretos del Derecho de familia que pudieran tener la consideración de negocios jurídicos familiares²⁶.

Recoge en su trabajo las opiniones de ilustres autores respecto a la consideración que los mismos efectúan en orden a estimar como negocios jurídicos algunos actos integrantes del Derecho de familia, dando Díaz de Guijarro su propio juicio en cada supuesto.

Por nuestra parte, de tan interesante estudio, tan sólo haremos mención de aquellos actos que resultan afectantes al art. 90 y 103 del Código civil, dejando otros que no guardan relación con dichos preceptos, como, por ejemplo, los esponsales, el reconocimiento de hijo legítimo, el reconocimiento de hijo natural, la adopción, la legitimación adoptiva, la emancipación, el convenio sobre beneficio de la mayor edad, la impugnación de la legitimidad, la impugnación del reconocimiento de hijos, la instancia por declaración de legitimidad, la ordenación de la tutela y la constitución de la dote.

Pues bien, como actos que pueden considerarse negocios jurídicos familiares, Díaz de Guijarro, anota las siguientes opiniones, sobre los que se reseñan a continuación:

El *matrimonio*: De Diego, Planiol, Mazeaud, Barassi, Rébora, Busso, León, Borda, Lafaille, Gorje A. Frías, Díez-Picazo, Betti, Albadalejo, Stolfi, Degni, Puig Peña, Von Tuhr, Jemolo, etc.

El *convenio sobre cuidado de los hijos*: Díez-Picazo y Lehmann.

La *impugnación del matrimonio*: Von Tuhr.

La *reconciliación conyugal*: Betti, y Cariota Ferrara.

El *convenio sobre alimentos*: Díez-Picazo.

La *constitución de un peculio profecticio*: Díez-Picazo.

El *nombramiento de tutor*: Betti, Díez-Picazo, Albadalejo, Cariota Ferrara.

Las *convenciones matrimoniales*: Lafaille, y Albadalejo.

De lo expuesto vemos, cómo se consideran negocios jurídicos bilaterales una serie de actos que el art. 90 del Código civil, precisado por el 103, incluye en el convenio regulador, preceptivamente impuesto en la reforma efectuada por la ley de 7 de julio de 1981.

En efecto, este convenio regulador recoge los siguientes extremos, afines a los expuestos anteriormente:

26. DÍAZ DE GUIJARRO, *Nuevos aportes a la introducción al estudio del acto, jurídico familiar*, en «Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán To-beñas», t. VI, Pamplona, 1969, págs. 189 y ss.

La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos, padre, madre u otra persona con funciones tutelares.

El ejercicio de la patria potestad.

El régimen de visitas.

La atribución de la vivienda y ajuar familiar; previo inventario de los bienes que se lleva un cónyuge y los que se quedan en la vivienda.

La contribución a las cargas del matrimonio, y cautelas para su cumplimiento.

Determinación de alimentos, y pensión de uno a otro cónyuge.

Fijación de la litis expensas.

Liquidación del régimen económico del matrimonio.

Pactos sobre la entrega, o administración y disposición, de los bienes gananciales.

Rendición de cuentas de los bienes comunes que quedaron en poder de un esposo.

Determinación del régimen de administración y disposición de los bienes privativos afectados a las cargas del matrimonio.

Acuerdos adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio.

En fin, bien podemos afirmar que el convenio regulador del art. 90 del Código civil, y que precisa el art. 103 del mismo Cuerpo legal, no sólo puede calificarse —como lo hace con acierto López Alarcón— como un negocio jurídico bilateral, sino que por mi parte me atrevería a decir que es un conjunto, una suma de negocios jurídicos bilaterales de contenido personal y patrimonial, típicos del Derecho de Familia, por su propia naturaleza.

Y en favor de esta afirmación podríamos traer a colación todas las opiniones que citamos de los juristas nacionales y extranjeros en cuanto resultasen afectantes a los preceptos reguladores del convenio previo a la separación y al divorcio del Código civil.

9. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO DE FAMILIA DEL DERECHO CIVIL FORAL DE NAVARRA

Desde luego que esta autonomía de la voluntad de los cónyuges en el Derecho familiar, pero no como privatización del matrimonio, por la ley foral, imperaba en nuestra normativa histórica y vigente, resultando una constante en el Derecho civil de Navarra.

Por razones totalmente distintas del Código reformado, como expondremos después, en las capitulaciones matrimoniales, que constituyen la carta fundamental de la familia, reverdecen en magnífica

floración los pactos de convivencia, la designación de la jefatura para cuando se produzca la sede vacante, las previsiones sucesorias con respecto a los posibles hijos que, al correr de los años, vayan acreciendo como ciudadanos del clan patriarcal a este diminuto reino solariego. Y porque nuestro Derecho navarro tiene un alto concepto de la dignidad de estos hijos, de todos ellos, allega estipulaciones de dotación y asistencia para los no instituidos; establece reservas y reversiones; lleva su previsión a las segundas nupcias del joven cónyuge supérstite, y a las posibles discordias familiares, y hasta reclama la presencia de la vetusta figura de los Parientes Mayores.

Tampoco entrañan mensaje distinto: la troncalidad, las reservas de segundas nupcias, el retracto gentilicio, la carta de gracia perpetua, las donaciones propter nupcias, y el mutuo consenso para la enajenación de las conquistas²⁷.

Y para lograr todo ello, una amplísima autonomía de la voluntad, en base del principio de libertad civil, pilar fundamental sobre el que se asienta todo el Derecho navarro.

En virtud de este principio precisamente, según la ley 8 del Fuero Nuevo, las leyes se presumen dispositivas; consagrando la ley 7 el *paramiento fuero vienze* o *paramiento ley vienze*, que proclama que la voluntad unilateral o contractual prevalece sobre cualquier fuente de Derecho, salvo que sea contraria a la moral o al orden público, vaya en perjuicio de tercero, o se oponga a un precepto prohibitivo de la Compilación con sanción de nulidad.

Es lo equivalente a: «siempre se prefiere al Derecho, la voluntad y disposición de los contratantes», o «los Jueces deben fallar según el paramiento», o «hablen cartas y callen barbas», o «pactos rompen fueros», etc.²⁸.

No la autonomía de la voluntad del Código civil reformado, sino un amplísimo principio de libertad civil en el que aquella autonomía se encuentra subsumida, determina el espíritu y la letra de la normativa foral, en todo el Derecho navarro: en las obligaciones y contratos, en los Derechos reales, en las Sucesiones, y a través de todo el Derecho de familia, tanto respecto de las personas como de los bienes.

Y así en las capitulaciones matrimoniales se instrumentaliza lo convenido por los cónyuges que actúan con una amplísima libertad

27. SALINAS QUIJADA, Francisco, *Derecho civil de Navarra*, t. V, vol. 1.º, Pamplona, 1973, pág. 83.

28. SALINAS QUIJADA, Francisco, *Manual de Derecho civil navarro*, Pamplona, 1980, pág. 27.

de pacto y de elección del régimen económico matrimonial, estableciendo toda clase de convenios institutivos, sustitutivos y reservativos, y en los que se hacen donación de todos los bienes a un hijo; se fijan las dotes de los demás, reservándose los donantes el usufructo y administración del patrimonio donado, así como alguna cantidad para disponer por testamento; se regula la vida de la comunidad familiar, como así la dirimencia de las discordias si es que surgen; la obligación del donatario respecto a la convivencia en la Casa de los demás hermanos del mismo, en salud y en enfermedad, y de pasarles una dotación —que también se establece— cuando toman estado; designación de sucesor en los bienes donados en favor de los hijos que advengan de los donatarios, o facultad en el sobreviviente para efectuarlo; estipulando las consiguientes cláusulas de reversión para el supuesto de carencia de hijos en el matrimonio; pactos sobre diversos extremos de la vida familiar: como sobre las conquistas que puedan lograrse en el matrimonio para el cual se hace la donación; el señalamiento de la situación en que ha de quedar la mujer del donatario si queda viuda con hijos o sin ellos, etc.

En fin, no terminaríamos nunca de escribir sobre la autonomía de la voluntad de los esposos en el Derecho civil de Navarra, y a quien le interese el tema puedo remitirle a lo que escribí sobre el mismo, en mi Tratado sobre este Derecho²⁹.

Únicamente, por tratarse de Derecho positivo vigente, invocaremos el Fuero Nuevo de Navarra que, en su ley 80, dice así: «Las capitulaciones matrimoniales podrán establecer libremente cualquier régimen de bienes de la familia y ordenar:

Uno. Las donaciones *«propter nupcias»*.

Dos. Los señalamientos y entrega de dotes y dotaciones.

Tres. Las renunciaciones de derechos.

Cuatro. Las donaciones esponsalicias, las arras y las donaciones entre cónyuges.

Cinco. Los pactos sucesorios.

Seis. Las disposiciones sobre el usufructo de fidelidad.

Siete. Otros pactos que se relacionen con el régimen patrimonial de la familia».

Ley 80 de la Compilación civil foral de Navarra que recoge nada más que unos pactos entre otros que pueden establecerse en las

29. SALINAS QUIJADA, Francisco, *Derecho civil de Navarra*, tomo V, *Derecho de familia*, 2 volúmenes y, sobre el tema en especial, vol. 2.º Pamplona, 1973, págs. 22 y ss.

capitulaciones matrimoniales, cuyo espectro es de un polifacetismo y amplitud enormes, con escasos límites, tan escasos como puedan en Navarra recortar la autonomía de la voluntad en las disposiciones *intervivos* y en las *mortis causa*.

10. CONNOTACIONES DEL CONVENIO Y LA AUTONOMÍA CIVIL FORAL

El haber traído a este estudio la autonomía de la voluntad imponente de siempre en el Derecho navarro, como consecuencia del principio general de Derecho foral de libertad dispositiva, obliga a hacer alguna observación al respecto con el objeto de dejar bien claro las posibles connotaciones del convenio regulador y este Derecho foral, en razón precisamente de la autonomía de la voluntad.

A) *No hay paridad ni en intensidad ni en extensión entre una y otra autonomía de la voluntad*

Si bien una y otra autonomía de la voluntad de los esposos suponen una mayor libertad de pacto en algunos extremos familiares, después de lo escrito bien se comprende que la establecida en el convenio regulador del Código civil ni es tan amplia facultativamente, ni hace relación a tan extensa área realizadora como la del Derecho navarro.

En fin, basta repasar los arts. 90 y 103 del Código civil, y cotejar sus contenidos con el de la Ley 80 del Fuero Nuevo, y aunque ésta no recoge todos los pactos familiares, bien se deduce este desequilibrio entre uno y otro Cuerpo legal, en menos para el Código civil, y en más para la Compilación foral.

B) *El convenio regulador de los arts. 90 y 103 del Código civil supone un acercamiento del Derecho común al Derecho foral*

No precisamente sobre esta materia del divorcio o separación, que resulta antiforal para el Derecho navarro, sino, en general, hace tiempo predije pudiera acaecer esta atracción foral del Derecho común.

En efecto, en distintas ocasiones me expresé en parecidos términos que ahora reseño, tomando cita de mi última publicación sobre la rescisión por lesión, cuyo trabajo termina de esta manera: «Pero todas estas legislaciones constituyen el Derecho civil español (legislación común y legislaciones forales). De ahí que puedan resultar

influyentes unas de otras e, incluso, recoger sus instituciones recíprocamente. Tal vez ahora sea el momento de que la rescisión por lesión sea admitida en el Código civil. Y en vez de pensar en unificar legislaciones forales haya llegado el momento de decidirse a foralizar la legislación común»³⁰.

José Luis de los Mozos reconoce que en los Derechos forales se conservan instituciones que responden mejor que las del Código a la protección de la *propiedad familiar*, e incluso a la tradición jurídica española o a la castellana, aun cuando aconseje un respeto a las mismas, indicando deben ser tratadas con igual consideración con que se contemplan las instituciones forales.

A pesar de ello, este mismo autor sigue aceptando que el Código perdió sensibilidad para captar el significado de instituciones como la *renuncia a la sociedad de gananciales*, y con ello toda la perspectiva relativa a la posibilidad de alterar el régimen económico matrimonial, a lo que se ha llegado ahora por otros caminos, con la ley de 2 de mayo de 1975.

Por el contrario, De los Mozos tacha de pueriles los intentos de acercamiento entre el Derecho común y los Derechos forales con la introducción de algunas instituciones extrañas en el sistema del Código como la troncalidad, aun cuando propugna la inclusión de otras como, por ejemplo, la *comunidad continuada*³¹.

Pero el acercamiento ahí está, y constituye un hecho constatable en la historia del Derecho español.

Y buena prueba de ello, esta autonomía de la voluntad que va en el Derecho familiar del Código civil cambiando el Derecho necesario por el Derecho voluntario.

C) *No obstante, ambas autonomías común y foral, radicalmente son dispares tanto por los principios que las inspiran, como por los efectos que producen*

Esta similitud autonómica es meramente de contenido institucional, en cuanto ambas favorecen una mayor libertad de disposición y regulación de algunos extremos familiares.

Pero, como expresa el enunciado del epígrafe, los principios de

30. SALINAS QUIJADA, Francisco, *La rescisión por lesión en el Derecho Foral de Navarra*, en la Revista General de Derecho, Valencia, septiembre-octubre de 1982.

31. DE LOS MOZOS, José Luis, *Derecho civil español*, I. Parte General, vol. I, *Introducción al Derecho civil*, Salamanca, 1977, págs. 330 y 331.

que dimanen ambas autonomías y los efectos que producen son bien distintos.

La autonomía familiar del Código civil deriva de una situación matrimonial rota, quebrada, que se dispone legalmente a una separación o a un divorcio. Y ante esta situación —en el momento irreversible— ambos cónyuges se disponen a hacer uso de la autonomía de la voluntad que les proporciona el Código civil para dar salida, a sus problemas. Digo «dar salida», porque me cuesta decir «solucionar» sus problemas.

Todas las provisiones que recogen los arts. 90 y 103 del Código civil son malos remedios, que parten de una institución destruida, de un matrimonio hundido y una familia en descomposición.

Todas las determinaciones sobre la colocación y guarda de los hijos, sobre la liquidación de la sociedad, sobre el disfrute unilateral de la vivienda, sobre la contribución a las cargas matrimoniales, etc., todo ello presupone naturalmente que ya los hijos no van a vivir con los dos padres, tal vez con ninguno de ellos, y probablemente tampoco los hermanos entre sí; que la sociedad conyugal se disuelve por defunción del matrimonio; que uno de los esposos quedará fuera de la vivienda; que se aumentan las cargas y disminuyen los derechos, y así iríamos acumulando los signos negativos subsumidos en esta regulación del convenio previo a la separación o al divorcio.

Poco rentable en verdad esta autonomía de la voluntad, en el sentido de ir a remediar sólo males, o impedir que éstos fueran mayores.

Por el contrario, la autonomía de la voluntad dimanante de la libertad civil dispositiva del Derecho foral de Navarra es el reverso de la anteriormente reseñada.

Como escribí en otra ocasión, el Derecho navarro es un Derecho familiar. Su idea permanente es la Casa, los hijos, su aglutinación su pervivencia y estabilidad³².

Santamaría insiste en esta idea, con muy bonitas palabras. Dice así: «Si se pudiera razonar en estas materias usando de metáforas podría yo decir... que, así como en el Derecho político la institución fundamental es el Estado, pero por encima del Estado hay algo superior, trascendente y permanente que es la Patria, atribución del Estado a un destino histórico, así en el Derecho Privado, la institución fundamental es la familia, pero por encima de la fami-

32. SALINAS QUIJADA, Francisco, *Derecho civil de Navarra*, Obra y tomo citados, pág. 83.

lia está la Casa, que es la vinculación de la familia a un destino permanente de trascendencia social»³³.

El principio de libertad civil, la autonomía de la voluntad, posibilita colmar hasta el final institucionalmente el espíritu y la letra de la normativa foral, incluso instaurándola coercitivamente *contra legem*, como así es reconocido en la Ley 3.^a del Fuero Nuevo.

Por esta libertad dispositiva se consigue la perpetuación de la familia y la continuidad de la Casa, pues la libertad de testar, la legítima foral, los pactos sucesorios, la designación de sucesor único, el usufructo viudal, las capitulaciones matrimoniales a las que antes nos referimos, las donaciones *propter nupcias*, las leyes sobre segundas nupcias, los Parientes Mayores, la troncalidad, el retracto de sangre, las dotaciones a los demás hermanos del sucesor, todo ello, no tiene otra finalidad que la concentración familiar y permanencia de la Casa.

Y todo ello tiene como base fundamental la libertad dispositiva y su secuela de la autonomía de la voluntad.

Ahora bien se comprende que, aún siendo la del convenio regulador del Código y la del Derecho Foral Navarro, autonomías de la voluntad, ni por el origen de donde provienen, ni por los efectos que producen tienen la menor similitud, sino todo lo contrario: la autonomía del Código es para paliar males dimanantes de una familia rota, dispersa, extinta, y la del Derecho navarro para robustecer una familia unida, aglutinada, viva por los siglos de los siglos, pues troncalmente se sucede la cadena de generaciones y se ha sucedido desde el medioevo hasta el día de hoy en torno a la Casa navarra, sosteniendo la lozanía de un amor ancestral —siempre nuevo— que perdura al calor de una lumbre hogareña que nunca se apaga.

11. EL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: EL BUEN USO FORAL Y CAUTELAS PARA EVITAR EL ABUSO EN LA RUPTURA MATRIMONIAL

En Navarra hay una enorme experiencia, avalada por tiempo inmemorial, de que siempre se hizo buen uso de esta libertad dispositiva, y rarísimo es o ha sido el pleito impugnando un abuso o arbitrariedad en su ejercicio.

Esta seguridad foral no se gozará en el ejercicio de la autonomía

33. SANTAMARÍA ANSA, Juan, *Derecho de familia*, en Curso de Derecho Foral Navarro, I, Derecho privado, Pamplona, 1958, pág. 112.

de la voluntad que se ejercite previamente al divorcio o a la separación, pues es reciente la ley promulgada —7 de julio de 1981— que no ha dado tiempo a juzgar este fenómeno jurídico.

En verdad que ello no puede producir otra cosa que una curiosidad intelectual, y no el temor a un riesgo, aunque haya autor que escribe: «Acechan, sin embargo, peligros de simulación, de coacción y de dolo, decisiones irreflexivas y riesgo de perjuicio para los hijos o para alguno de los cónyuges»³⁴.

Este mismo autor en el mismo lugar, a seguido, continúa diciendo que «de ahí que la separación consensual se someta a intervención judicial, al menos de homologación, a fin de que el Juez pueda comprobar la seriedad del acuerdo de separación, la reflexiva decisión, la ausencia de vicios del consentimiento, así como garantizar la situación de los hijos y del cónyuge menos favorecido por la separación»³⁵.

Este convenio regulador deberá ser aprobado por el Juez, que podrá adoptar además las medidas pertinentes, e incluso establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio, art. 90; además de las precisiones a que se extiende el art. 103 del Código, si es que los cónyuges no las tuvieron en cuenta.

Hay, en definitiva, una intervención judicial para la efectividad del convenio regulador.

Es un voto de confianza a la Magistratura española, para enderezar entuertos y administrar justicia cuando las pasiones humanas, alentadas por el odio y el resentimiento, pretendan torticeramente inferir lesión a personas o bienes de los hijos, o del otro esposo.

Esto en medio de todo es una saludable limitación a la autonomía de la voluntad, que en esta ocasión merece todos nuestros plácemes.

34. LÓPEZ ALARCÓN, Mariano, Obra citada, pág. 851.

35. Ibidem nota anterior.