

ELISABETTA MAZZILLI^(*)

LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO “A LA CARTA”:
LA GESTIÓN DE LA CRISIS CONYUGAL TRAS
LAS ÚLTIMAS REFORMAS DEL DERECHO DE FAMILIA
EN ESPAÑA Y EN ITALIA

Abstract: In the last few decades, the legal institution of marriage has witnessed a progressive reduction of judicialization and has in practice become a “private affair” of the spouses. The reformed separation and divorce system, allows for the personalization of the solutions offered in case of matrimonial crisis and a less interference of the public system in such a private issue. In fact, marriage has lost its “public value”, and the public powers just maintain a minimum role of legality control and protection of the minors’ best interest. The strong similarity between Spanish and Italian system regarding the privatization process of the matrimonial issues is highlighted in this text.

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La evolución de la legislación hacia la identificación del matrimonio con un “asunto privado” de los cónyuges. – 3. El papel actual de los poderes públicos en la gestión de la relación conyugal. – 3.1. La gestión de la fase “fisiológica” de la relación conyugal. – 3.2. La gestión de la fase “patológica” de la relación conyugal. – 4. El acercamiento del Derecho de familia a un sistema de separación y divorcio “a la carta”. – 4.1. El impacto de las reformas legislativas en la gestión de la crisis conyugal. – 4.2. Un paralelo con el sistema jurídico italiano. – 5. Conclusiones.

1. — *Introducción.*

En los últimos años, la intervención de los poderes públicos en el ámbito de la gestión de los asuntos matrimoniales, tanto relativos a la fase “fisiológica” de la relación como “patológica” o de crisis, ha ido disminuyendo notablemente, debido principalmente a una progresiva desjudicialización de los procedimientos.

En particular, el matrimonio, desde una institución de valor casi público

^(*) Universidad Pública de Navarra.

ha pasado a ser un “asunto privado” de los cónyuges, en el que los poderes públicos solamente mantienen un papel residual, que la mayoría de las veces se limita a garantizar el nivel mínimo de legalidad y a tutelar los intereses superiores de los menores.

La continuidad del vínculo matrimonial, tras las reformas de los últimos años, se basa exclusivamente en la voluntad privada de los cónyuges y en última instancia en el *affectus* conyugal, lo cual constituye en la actualidad el punto álgido de la aplicación del principio de libre desarrollo de la personalidad al ámbito familiar.

El reformado sistema de separación y divorcio, por lo tanto, es el fruto más evidente de esta dinámica de transición a la dimensión privada de la resolución de los conflictos surgidos entre los cónyuges, que permite una mayor personalización de las soluciones a las controversias familiares, y una menor injerencia de lo público en la esfera íntima del matrimonio.

El análisis normativo operado en este artículo se cierra con un estudio comparado entre el sistema jurídico español y el italiano, que trata de evidenciar el fuerte paralelismo existente entre los dos ordenamientos – en términos temporales, de contenido y de límites impuestos a la autonomía de los cónyuges – en relación con el proceso de privatización de los asuntos matrimoniales, haciendo hincapié particularmente en el ámbito de las crisis conyugales.

2. — *La evolución de la legislación hacia la identificación del matrimonio con un “asunto privado” de los cónyuges.*

Los cambios legislativos en el ámbito del Derecho de familia acaecidos en los últimos años, adquieren una importancia fundamental debido a que formalizan el fin de una idea de matrimonio como de un acto sustraído a la autonomía de los cónyuges y con un valor casi público. Lo que se da en la actualidad, de hecho, es una idea de matrimonio como un acto de autonomía privada de los cónyuges, que éstos pueden libremente modificar o hacer cesar, casi completamente desvinculado de la injerencia de la esfera pública.

Con la transición desde una concepción institucional a una comunitaria e igualitaria de la familia, el hecho de pertenecer a una familia fundada en el matrimonio ya no constituye de por sí un obstáculo a la autonomía privada de sus miembros. En otras palabras, el *status* familiar y la libertad contractual intrafamiliar no sólo han devenido completamente compatibles sino que ésta última ha sido particularmente impulsada por el legislador.

De hecho, siguiendo la rápida evolución del Derecho de familia en España, se puede claramente notar cómo ésta ha llevado a una fuerte privatización de la regulación de los asuntos matrimoniales.

Esta evolución acaece en un contexto de evidente vaciamiento del carácter institucional del matrimonio en favor del principio de autonomía y libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges, considerados individualmente y ya no como comunidad social de afectos e intereses.

La autonomía privada ha venido a ser, por lo tanto, el elemento privilegiado dentro del matrimonio. De ahí que el acuerdo se convierta en el instrumento preferencial para la disciplina de las relaciones familiares.

El proceso de privatización recibió históricamente su mayor empuje a partir de la consagración del principio de igualdad en los arts. 14 y 32.1 de la Constitución española de 1978.

Con anterioridad a ese momento, el modelo de familia tradicional se caracterizaba por el concepto de *unidad* de la misma⁽¹⁾, que a su vez se fundaba en el *matrimonio*, y particularmente en el principio de *indisolubilidad* del

(1) Sobre este punto, L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Prólogo*, en E. ROCA TRÍAS, *Familia y cambio social. De la casa a la persona*, Civitas, Madrid, 1999, p. 21, describe la familia patriarcal como una «unidad política o cuasipolítica en la cual son notorios los vínculos de sujeción y de autoridad»; A.M. RODRÍGUEZ GUITIÁN, *Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho*, en *Rev. der. patrimonial*, 10/2003, p. 68, afirma que: «La vida familiar y profesional comporta una *entidad unitaria*, los hijos y la mujer son los colaboradores del cabeza de familia. La familia constituye una *unidad social* cerrada al exterior (...)» [la cursiva es mía]. En la Exposición de Motivos de la Ley de 24 de abril de 1958 (Publicada en «BOE» núm. 99, de 25 de abril de 1958, páginas 730 a 738), se afirmaba que en la sociedad conyugal «por exigencias de la *unidad matrimonial*, existe una potestad de dirección, que la naturaleza, la Religión y la Historia atribuyen al marido» [la cursiva es mía].

mismo⁽²⁾, considerado como característica esencial⁽³⁾ del vínculo y la mejor manera de proteger a los miembros de la familia.

La fundamentación del concepto tradicional de “familia” en el *matrimonio* se mantiene hasta el siglo XX, lo cual emerge de los mismos textos internacionales que suelen hablar de “familia” limitadamente al ámbito del matrimonio⁽⁴⁾.

Esta particular estructura familiar era fruto de una concepción social generalizada que inevitablemente terminó reflejándose en el campo jurídico⁽⁵⁾,

⁽²⁾ El art. 52 del Código civil de 1889 dictaba: «El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges». El principio de indisolubilidad del matrimonio estuvo vigente hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1931 (art. 43.2: « El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para uno y otro sexo, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges con alegación en este caso de justa causa») y de la Ley de 2 de marzo de 1932. Restaurado con posterioridad tras la derogación de esta ley, el divorcio vincular se instauraría definitivamente en España con la aprobación de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

⁽³⁾ Para un *excursus* acerca de los conceptos de “unidad” e “indisolubilidad” como propiedades esenciales del matrimonio, cfr., entre otros, M.A. NOVALES ALQUÉZAR, *Las obligaciones personales del matrimonio en el derecho comparado*, I, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009, p. 250 ss.

⁽⁴⁾ Cfr., entre otros, el art. 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 10 de diciembre de 1948 («Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio»); el art. 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU de 23 de marzo de 1976 («Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello»); el art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU de 3 de enero de 1976 («Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges»); art. 16.1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979 («Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares») [Las cursivas son mías].

⁽⁵⁾ Sobre este punto, A.M. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *Función de la responsabilidad civil*, cit., p. 68 afirma que: «las grandes codificaciones del XIX respetan en gran parte este modelo

a partir de la redacción originaria del Código civil de 1889, en el que se consagraba la *indisolubilidad* del vínculo conyugal (art. 52)⁽⁶⁾ y se preveía expresamente la *superioridad* del marido respecto de la mujer, a través tanto de las provisiones relativas a su deber de obediencia (art. 57)⁽⁷⁾, a la fijación de la residencia (art. 58)⁽⁸⁾ y a la incapacidad de obrar de la mujer (arts. 60 a 62)⁽⁹⁾, como de la supremacía de la *potestas* del padre respecto de aquella de la madre en relación con los hijos menores (arts. 154 a 172 Cód. civ. de 1889)⁽¹⁰⁾.

En este contexto, la existencia de una “regla moral” impositiva de un particular «deber de tolerancia intrafamiliar», derivado de los vínculos de solidaridad y altruismo entre los familiares⁽¹¹⁾, encarnaba una forma de cautela frente al peligro de ruptura de la armonía doméstica, que se vería quebrantada en los casos de ruptura de los lazos de afecto o de la convivencia, como en caso de crisis conyugal.

asegurando al cabeza de familia una posición jerárquicamente superior e imponiendo a los familiares un deber de obediencia».

⁽⁶⁾ El art. 52 dictaba: «El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges».

⁽⁷⁾ El art. 57 dictaba: «El marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido».

⁽⁸⁾ El art. 58 dictaba: «la mujer está obligada a seguir a su marido donde quiera que fije su residencia (...)».

⁽⁹⁾ El art. 60 dictaba: «el marido es el representante de su mujer. Ésta no puede, sin su licencia, comparecer en juicio por sí o por medio de Procurador (...)»; el art. 61: «Tampoco puede la mujer, sin licencia o poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse (...)»; y el art. 62: «son nulos los actos ejecutados por la mujer contra lo dispuesto en los anteriores artículos (...)»

⁽¹⁰⁾ En particular, el art. 154 dictaba: «El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados (...)» y el art. 159 establecía: «El padre, o en su defecto la madre, son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su potestad».

⁽¹¹⁾ Cfr., entre otros, G.J. BOSQUES HERNÁNDEZ, (*Comentario a la) Sentencia de 30 de junio de 2009: Responsabilidad civil derivada de la interferencia de la madre en las relaciones paterno filiales. El dies a quo para ejercer la acción es el momento en que se concluye el derecho del padre a relaciones con su hijo*, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Mayo-Agosto 2010, núm. 83, p. 902; A.M. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *Función de la responsabilidad civil*, cit., p. 67 ss.; J. FERRER RIBA, *Relaciones familiares y límites del derecho de daños*, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4/2001, p. 11.

La transición hacia un sistema familiar en el que se valorase en mayor medida a los miembros individualmente considerados y sus derechos respecto a la familia como categoría unitaria y bien social, empezó con la declaración de la *igualdad de sexos* en el matrimonio contenida en la Constitución Republicana de 1931 (art. 43), seguida a nivel autonómico por la *Llei sobre la capacitat jurídica de la dona i dels conyuges* de la *Generalitat de Catalunya* de 19 de junio de 1934 y a nivel estatal por la Ley del Divorcio de 2 de marzo de 1932.

Más adelante, la *igualdad interconyugal* inspiró la reforma introducida por la Ley de 2 de mayo de 1975, que derogó la previsión tanto de la potestad marital⁽¹²⁾ como de la licencia marital, poniendo fin a la restricción de la capacidad de obrar de la mujer casada (art. 62.1 Cód. civ.)⁽¹³⁾.

No mucho después, intervinieron la ya citada previsión constitucional del principio de igualdad (arts. 14 y 32.1 CE de 1978) y la reforma de Derecho de familia de 1981, que llevó a la formulación del *principio de igualdad* a través de la redacción del art. 66 del Cód. civ.⁽¹⁴⁾ y a la previsión del ejercicio conjunto de la patria potestad (art. 156.1 Cód. civ.), así como a la de-

⁽¹²⁾ La nueva formulación del art. 57 Cód. civ. introducida por la citada ley dictaba: «El marido y la mujer se deben respeto y *protección recíprocos*, y actuarán siempre en el interés de la familia» [la cursiva es mía]: como se ve, la protección deja de ser unilateral (antes era un atributo exclusivo del marido) y desaparece el deber de “obediencia” de la mujer. Sin embargo, la Ley del 1975 deja rastros de la potestad marital en el art. 58 Cód. civ., que preveía que fuese el *pater familias* quien tuviera el derecho de decidir acerca de la fijación de la residencia en caso de desacuerdo entre los cónyuges, a diferencia del actual art. 70 Cód. civ. que prevé la intervención judicial.

⁽¹³⁾ Especial atención merece también la formulación del art. 63 Cód. civ. conforme a la Ley de 2 de mayo de 1975, por el cual se suprime la representación automática de la esposa por parte del marido: «Ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiera sido conferida voluntariamente».

⁽¹⁴⁾ Para un *excursus* acerca del principio de igualdad de los cónyuges en clave evolutiva, cfr. M^ªC. GETE-ALONSO Y CALERA, *Comentario al artículo 66 del Código civil*, en M. AMORÓS GUARDIOLA, et al., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, 1, Tecnos, Madrid, 1984, p. 314 ss.; A.M. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Thomson Reuters, 2009, p. 48 sostiene que en este marco se inserta también la sustitución en el art. 67 Cód. civ. de la expresión “protección” por “ayuda mutua”, puesto que el significado del primer término se considera «claramente desigualatorio».

saparición de otros rastros de justificación legal de la jerarquía familiar⁽¹⁵⁾.

La doctrina mayoritaria reconoce que la inevitable evolución del concepto de familia ha conllevado la superación de la antigua primacía del interés colectivo respecto de los intereses de cada miembro individualmente considerado⁽¹⁶⁾.

En particular, la Constitución española de 1978, recoge esta transformación en cuanto concibe la familia como «un medio para el libre desarrollo de la personalidad individual de sus miembros, donde ya no existe un objetivo supraindividual, sino que, al contrario, el interés individual de sus integrantes prevalece»⁽¹⁷⁾. De ahí que en la actualidad la familia, al no tener en sí misma «ningún reconocimiento legal superior o distinto del que se atribuye a los miembros que forman parte de ella»⁽¹⁸⁾, no puede considerarse una realidad

⁽¹⁵⁾ En este marco se insertan, entre otros, la supresión del *ius piumendi* del *pater familias* respecto de los hijos (la redacción del art. 154 Cód. civ. tras la reforma de 1981 sólo mantenía el derecho a “corregir” razonable y moderadamente a los hijos, eliminando la facultad de “castigarlos”; la actual redacción del art. 153 Cód. civ. tampoco prevé esta facultad residual de corrección, suprimida por Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional; además, tras la reforma introducida por la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el precepto destaca el deber de respeto de los padres hacia los hijos, deber proyectado en general sobre sus derechos y en particular sobre su integridad física y mental) y la reforma del art. 154 del Código civil con la supresión de los términos “tributar [respeto]” y “reverencia”, los cuales, según L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN [*Familia y Derecho*, 1ª ed, Civitas, Madrid, 1984, p. 187] aludían respectivamente a una «profunda subordinación jerárquica» y a una «situación cuasirreligiosa».

⁽¹⁶⁾ Cfr., entre otros, J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales*, *Diario La Ley*, núm. 6676, Sección Doctrina, 21 Marzo 2007, Año XXVIII, Ref. D-70, Editorial La Ley (La Ley 1163/2007), p. 1 ss.; L. Díez-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, Vol. IV, Tomo I (*Derecho de familia*), 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, p. 32; FERRER RIBA, *Relaciones familiares y límites*, cit., p. 3 ss.; E. ROCA TRÍAS, *La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil*, en J.A. MORENO MARTÍNEZ (Coord.), *Perfiles de la Responsabilidad civil en el Nuevo Milenio*, Dykinson, Madrid, 2000 p. 540; D. VARGAS ARAVENA, *Daños civiles en el matrimonio*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009, p. 115 ss.

⁽¹⁷⁾ D. VARGAS ARAVENA, *Daños civiles en el matrimonio*, cit., p. 119.

⁽¹⁸⁾ E. ROCA TRÍAS, *Familia y cambio social. De la casa a la persona*, cit., p. 70. La autora añade que «cuando el artículo 39.1 CE asume su protección, lo hace como valor instrumental, no como valor *a se*».

autónoma⁽¹⁹⁾, sino más bien un instrumento al servicio del individuo que sirve para conseguir las finalidades previstas en el art. 10 CE⁽²⁰⁾. En particular se ha llegado a afirmar en la doctrina la prevalencia del interés individual sobre el familiar en todos los casos de conflicto en los que el interés individual estriba en el ejercicio de un derecho fundamental⁽²¹⁾.

Seguidamente, cabe señalar la reforma introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que somete la gestión de la crisis matrimonial a la voluntad de los cónyuges, restringiendo notablemente las exigencias legales, con la eliminación de las causas de separación y la reducción de los plazos legales, y la reforma introducida por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que introduce en el ordenamiento jurídico español la separación y el divorcio extrajudicial.

Se puede por lo tanto afirmar que en el sistema jurídico español, la reinterpretación constitucional “evolutiva” del contenido de la institución del matrimonio⁽²²⁾ y la desaparición del modelo legal de familia tradicional, que han ido de la mano del fuerte impulso legislativo al principio del libre

⁽¹⁹⁾ Sobre este punto, A.M. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *Función de la responsabilidad civil*, cit., p. 69, niega que la familia pueda seguir siendo considerada como «un cuerpo intermedio entre la sociedad y el Estado». De hecho, como sostienen L. Díez-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, Vol. IV, Tomo I (*Derecho de familia*), cit., p. 32, «el sistema (familiar) es individualista»; los mismos hablan de una «reprivatización de los fenómenos familiares» y sostienen que «la voluntad individual encuentra una nueva fuerza para configurar la vida familiar». L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Prólogo*, cit., p. 21, apunta que a pesar de la evolución del concepto de familia, los llamados «teóricos del corporativismo», pretendieron «resucitar la familia como sujeto político» y que el mismo Antonio Cicu, a partir de finales de 1920, pretendió introducir la familia en el Derecho público.

⁽²⁰⁾ Así E. ROCA TRÍAS, *Familia y cambio social. De la casa a la persona*, cit., p. 69 ss. La autora añade (p. 80) que «el concepto de *interés familiar* responde a estos criterios y nunca a la protección de algo supraindividual que se imponga a los derechos de cada uno de los individuos del grupo familiar». Sobre este punto, D. VARGAS ARAVENA, *Daños civiles en el matrimonio*, cit., p. 119, afirma que en virtud de los arts. 1.1, 9.2, 10, 14, 18, 32 y 39.1 CE, «se pasó a ubicar en primer lugar, y como centro del derecho, a la persona y no a la familia».

⁽²¹⁾ Cfr., entre otros, A.M. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *Función de la responsabilidad civil*, cit., p. 70; E. ROCA TRÍAS, *Familia y cambio social. De la casa a la persona*, cit., p. 76.

⁽²²⁾ Así la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de noviembre de 2012 (RTC 2012, 198).

desarrollo de la personalidad, han puesto las bases de la privatización del matrimonio.

3. — *El papel actual de los poderes públicos en la gestión de la relación conyugal.*

3.1. — *La gestión de la fase “fisiológica” de la relación conyugal.*

Con la progresiva privatización de la familia, se entiende cada vez más que muchos de los términos y condiciones de la relación matrimonial puedan ser pactados de forma privada por los mismos cónyuges en virtud de su autonomía negocial⁽²³⁾.

En este contexto, el papel de los poderes públicos en la gestión de los asuntos conyugales se ve cada vez más reducido a una intervención de carácter residual, dirigida a garantizar la legalidad del procedimiento y la tutela de los derechos fundamentales y de intereses superiores, *in primis* el interés superior de los hijos menores de edad.

Esto es así tanto en la fase “fisiológica” de la relación conyugal, como en la fase “patológica” o de crisis.

Por lo que se refiere a la fase “fisiológica”, la autonomía privada de los cónyuges encuentra su fuente de legitimación en el art. 1323 Cód. civ., con los límites derivados respectivamente de los arts. 1255 y 1261 Cód. civ. que, aunque se prevean en general en sede contractual, sin embargo bien se pueden aplicar a los contratos “atípicos”⁽²⁴⁾ originados en sede familiar. La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2006⁽²⁵⁾ consideró que «la autonomía privada de los cónyuges les permite pactar lo que crean más

⁽²³⁾ Así L. AGUILAR RUIZ, *Pacto prematrimonial de fijación de indemnización a favor de la esposa. Límite a la autonomía de la libertad de los cónyuges, principio de igualdad y exigencia de reciprocidad. Comentario a la SAP Cádiz de 26 de julio de 2013*, en *Rev. der. patrimonial*, 33/2014, p. 423. Sobre el tema de la privatización de la familia cfr. en particular: L. AGUILAR RUIZ, C. HORNERO MÉNDEZ, *Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial*, en *Rev. jur. notariado*, 57/2006, pp. 9-44.

⁽²⁴⁾ Así define los contratos entre cónyuges la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª, de lo Civil) de 3 de febrero de 2006 (RJ 2006, 622).

⁽²⁵⁾ *Ibidem*.

conveniente para sus intereses», siempre que concurren «los elementos del artículo 1261 del Código civil, es decir, consentimiento, objeto y causa y no deben traspasar los límites que el artículo 1255 del Código civil impone a la autonomía de la voluntad, es decir que no deben ser contrarios a “las leyes, a la moral ni al orden público”».

La autonomía de los cónyuges se manifiesta también de manera específica tanto en la posibilidad de realizar los denominados “negocios jurídicos de Derecho de familia”⁽²⁶⁾, entre los cuales se pueden distinguir *in primis* las capitulaciones matrimoniales (arts. 1325 y ss. Cód. civ.), como en todas aquellas otras normas del Código civil que prevén la regla del acuerdo por lo que se refiere a las determinaciones relevantes en el área del Derecho de familia, entre ellas el art. 156.1 (acuerdo de los cónyuges relativo al ejercicio de la patria potestad) y el art. 70 (determinación de común acuerdo del domicilio conyugal)⁽²⁷⁾ del Código civil.

En esta fase “fisiológica” de la relación conyugal, los poderes públicos intervienen de forma residual, esto es cuando falte el acuerdo de los cónyuges, para garantizar la legalidad de los acuerdos o para desbloquear una situación de desacuerdo que de prorrogarse en el tiempo, podría perjudicar el interés de los hijos menores.

⁽²⁶⁾ Expresión empleada por L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del Derecho de familia*, en P.J. VILADRICH BATALLER (Dir.), *Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio*, Ed. Universidad de Navarra, S.A., 2ª ed., Pamplona, 1989, p. 37 ss.

⁽²⁷⁾ El art. 70 Cód. civ. encuentra un paralelo en el art. 144 del Cód. civ. italiano, que prevé la determinación de común acuerdo no sólo del domicilio conyugal, sino también de la dirección de la vida familiar. Sobre este punto, cfr. G. DORIA, *Autonomia dei coniugi in occasione della separazione consensuale ed efficacia degli accordi non omologati*, en *Dir. fam.*, 1994, p. 563 ss., quien afirma que: «la norma di cui all'art. 144 c.c. introduce la regola dell'accordo per il governo della famiglia nel suo complesso, attribuendo a ciascuno dei coniugi il potere di attuare l'indirizzo concordato. In questa sede è sufficiente rilevare come rimandare all'accordo dei coniugi l'indirizzo della vita familiare si traduce nel generale riconoscimento della volontà negoziale dei coniugi per quanto attiene alle determinazioni rilevanti nel campo del diritto di famiglia. L'art. 144 c.c. costituisce, quindi, la fonte di legittimazione di ogni manifestazione negoziale dei coniugi».

En el caso de las capitulaciones matrimoniales, la imperativa necesidad de que éstas y los eventuales pactos modificativos consten en escritura pública, permite que un oficial público – en este caso un Notario – garantice su legalidad. Además, el art. 1328 Cód. civ., considerando que será nula «cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge», admite la intervención de un juez para poder declarar la nulidad de esas cláusulas, y así poder garantizar el respeto de la ley y del principio de igualdad entre los cónyuges.

Por lo que se refiere al acuerdo relativo al ejercicio de la patria potestad, en el caso de un eventual desacuerdo entre los cónyuges, el art. 156.2 Cód. civ. permite el recurso al Juez por parte de cualquiera de los dos. El papel del juez, en caso de simple desacuerdo se limita a la atribución de “la facultad de decidir” al padre o a la madre. Se trata de «un juicio de conveniencia basado en el interés del menor»⁽²⁸⁾. Esto es, que el juez no se sustituye a los cónyuges, sino que determina cuál de los progenitores discrepantes tiene derecho a adoptar la decisión, aunque valorando indirectamente, «cuál de las dos posiciones enfrentadas es la que mejor se acomoda a los intereses del menor»⁽²⁹⁾.

La intervención judicial aumenta considerablemente de importancia a medida en que los desacuerdos se convierten en reiterados o en el caso en que concurra alguna otra causa que «entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad»: en este caso, el juez podrá privar a uno de los progenitores, total o parcialmente, del ejercicio de la patria potestad⁽³⁰⁾, o

⁽²⁸⁾ AAP Barcelona, de 25 de febrero de 2008 (JUR 2008, 173828); en sentido parecido: AAP Madrid de 12 de febrero de 1999 (AC 1999, 70) y AAP Barcelona de 19 de diciembre de 2006 (JUR 2007, 143330).

⁽²⁹⁾ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario al artículo 156 del Código Civil, Los desacuerdos ocasionales*, en *Comentarios al Código Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 1595.

⁽³⁰⁾ Según R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario*, cit., la “atribución” del art. 162.2 «se refiere al ejercicio» de la patria potestad, aunque «ello no obsta para que la atribución del ejercicio exclusivo o parcial a un progenitor pueda equipararse en la práctica a una *privación parcial de su potestad*».

sustituirse a los cónyuges para determinar la distribución entre ellos de las diversas funciones⁽³¹⁾.

Por su parte, en el caso de la determinación conjunta del domicilio conyugal también se prevé que en caso de discrepancia, sea el juez el que resuelva la cuestión, teniendo en cuenta el “interés de la familia”. Está claro que un solo cónyuge no puede establecer unilateralmente el domicilio conyugal, debido a que ese comportamiento violaría el principio de igualdad de los cónyuges⁽³²⁾, sin embargo, en caso de desacuerdo, se permite que la intervención del juez sea solicitada por uno sólo de ellos⁽³³⁾. Este procedimiento podría interpretarse como una restricción del principio de autonomía de decisión del otro cónyuge, cuya voluntad se vería suplantada por la decisión judicial. El carácter residual de la intervención judicial, en este caso, resulta evidente frente a la imposibilidad de encontrar un acuerdo y quizás menos evidente frente a la necesidad de respetar la autonomía privada de ambos cónyuges.

⁽³¹⁾ Sobre este punto, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario*, cit., afirma que la distribución de funciones no es una solución distinta respecto de la atribución parcial de la patria potestad a uno de los cónyuges, pues «habría que delimitar qué parte de la potestad puede ejercer el otro progenitor privado de esa parte del contenido de su autoridad; con lo que, lógicamente, el juez no tendrá otro recurso que realizar una distribución de funciones».

⁽³²⁾ Cfr. STS de 15 de febrero de 1983 (RJ 1983, 1036), que establece que «la obligación de convivencia de los cónyuges en manera alguna puede venir impuesta por el marido en el domicilio que éste fije» y que “al no lograrse tal acuerdo no procede imponerlo el marido por su propia voluntad, sino por el juez correspondiente competente previa petición al respecto».

⁽³³⁾ Cfr. sobre este punto, entre otras, la STS de 15 de febrero de 1983, *cit.*, que establece que «(...) sin perjuicio de que *a instancia del otro cónyuge* pueda el juez determinar lo procedente en interés de la familia» [la cursiva es mía]. Cfr. también en este sentido el art. 90.1.a) de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que establece lo siguiente: «1. Se seguirán los trámites regulados en las normas comunes de esta Ley cuando los cónyuges, *individual o conjuntamente*, soliciten la intervención o autorización judicial para: a) *Fijar el domicilio conyugal* o disponer sobre la vivienda habitual y objetos de uso ordinario, si hubiere desacuerdo entre los cónyuges (...)» [la cursiva es mía].

3.2. – *La gestión de la fase “patológica” de la relación conyugal.*

Por lo que se refiere a la fase “patológica” de la relación conyugal, en la actualidad existe una creciente tendencia a transferir al ámbito de la autonomía privada de los cónyuges la gestión de la resolución de las controversias, a través de técnicas como la mediación familiar. Dicha tendencia, que se refleja también en algunos instrumentos legislativos, está dirigida a gestionar los conflictos de manera extrajudicial, lo cual resulta extremadamente eficiente a nivel de prevención del creciente problema de la congestión de los tribunales y de la consecuente lentitud de la justicia⁽³⁴⁾.

Además, las soluciones extrajudiciales terminan respondiendo más y mejor a las exigencias individuales de los cónyuges y resultan de gran utilidad a fines de evitar exacerbar el conflicto intraconyugal. De hecho, el procedimiento judicial implica un proceso largo e invasivo, en el que la decisión acerca de la regulación de las consecuencias patrimoniales y no patrimoniales de la separación y del divorcio se termina delegando a los abogados y a un juez. Por eso, no es tan infrecuente que la parte que menos se sienta identificada con el fallo de la sentencia, por considerarlo injusto e inaceptable, termine incumpliendo su dictado, o apelando⁽³⁵⁾.

Desde hace tiempo se persigue una línea legislativa dirigida a aumentar la autonomía del matrimonio en la gestión de las crisis, aunque por otro lado se intenta mantener un control público mínimo para garantizar la legalidad de los acuerdos y la efectividad del principio de igualdad de los cónyuges, así como para tutelar los intereses de los menores. Según Roca Trías, en los

⁽³⁴⁾ Cfr. en este sentido G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario en el Anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria: su elogio no exento de críticas*, en *Rev. der. priv.*, 2/2014, p. 102, que considera el aligeramiento del trabajo de la administración de la justicia en los casos de separación y divorcio extrajudicial; en sentido contrario: J. BAUTISTA LÓPEZ, *El divorcio ante notario*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 837/2012 (BIB 2012, 404), p. 1, que considera que «el problema actual de la Justicia en España no radica simplemente en un excesivo volumen de asuntos, sino que son otras muchas las circunstancias que contribuyen al colapso de los tribunales y que necesitan ser abordadas».

⁽³⁵⁾ M.N. BUGETTI, *Nuovi modelli di composizione della crisi coniugale tra collaborative law e tutela della libertà negoziale*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 269 ss.

procesos de Derecho de familia «los poderes públicos deben intervenir para controlar que la actividad de los miembros de la familia no produzca una lesión en los derechos fundamentales de algunos de ellos»⁽³⁶⁾: esta misma consideración se debería poder aplicar en la actualidad, a los casos de solución extrajudicial de los conflictos intraconyugales.

El ordenamiento jurídico español prevé la posibilidad del acuerdo entre los cónyuges para determinaciones cuales los pactos en previsión de la ruptura conyugal⁽³⁷⁾, los pactos privados de separación de hecho, la determinación de la pensión compensatoria (art. 97.1 Cód. civ.) y el convenio regulador (art. 90 Cód. civ.). Completan este marco de medidas dirigidas a otorgar la primacía a la autonomía privada de los cónyuges, las modificaciones introducidas por la Ley 15/2015 de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria, que afecta a la regulación de las crisis matrimoniales permitiendo en algunos casos la separación o divorcio extrajudicial.

Estas figuras impulsan la “privatización del matrimonio”, debido a que confieren a la voluntad de los cónyuges la categoría de «primera fuente jurídica de ordenación o regulación de los efectos derivados de la crisis matrimonial»⁽³⁸⁾. La intervención de los poderes públicos en relación con estas medidas se encuentra, por lo tanto, fuertemente limitada y la mayoría de las veces se reduce a un control de legalidad, tal y como nos aprestamos a analizar.

⁽³⁶⁾ E. ROCA TRÍAS, *Familia y cambio social. De la casa a la persona*, cit., p. 81. La autora añade que «la intervención del Juez en los procesos de Derecho de familia garantiza a los particulares el pleno disfrute de sus derechos fundamentales y es necesaria para evitar la preponderancia de uno de los miembros del grupo sobre los otros (...)».

⁽³⁷⁾ Cfr. sobre este punto J.P. GONZÁLEZ DEL POZO, *Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)*, en *Boletín de Derecho de familia*, núm. 81, julio de 2008 y, en el mismo sentido, M.P. GARCÍA RUBIO, *Acuerdos prematrimoniales. De nuevo sobre la libertad y sus límites en el Derecho de familia*, en *Nuevos retos de Derecho de familia, Ponencias de las XIII Jornadas de Derecho catalán en Tossa de mar*, Documenta universitaria. Universidad de Girona, 2004, pp. 99-100, que sostiene que se puede afirmar sin recelos que la doctrina y la jurisprudencia tienden a admitir la conveniencia de la suscripción de los “pactos en previsión de la ruptura matrimonial”.

⁽³⁸⁾ Así J.P. GONZÁLEZ DEL POZO, *Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)*, cit., en referencia específicamente a la figura del convenio regulador.

En particular, en el caso de los pactos en previsión de la ruptura conyugal el juez, ejerciendo su capacidad moderadora en aplicación del art. 1154 Cód. civ., que «puede tener perfecta aplicación, directa o analógica, en el caso que nos ocupa»⁽³⁹⁾, puede modificar equitativamente ciertas “sanciones” de índole económica previstas para el caso de producirse el divorcio, como aquellas previsiones de indemnización que no respeten los límites impuestos por el principio de proporcionalidad acerca del importe a corresponder respecto de la situación económica de ambos cónyuges⁽⁴⁰⁾, así como por el principio de reciprocidad⁽⁴¹⁾.

Los pactos privados de separación de hecho se reconocen en la jurisprudencia como negocios extrajudiciales plenamente válidos y jurídicamente eficaces⁽⁴²⁾. Se ha llegado a afirmar que «los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (separación, o divorcio), en ejercicio de su autonomía privada (art. 1255 Cód. civ.), pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de Derecho de familia, tienen carácter contractual, por lo que para su vali-

⁽³⁹⁾ M.P. GARCÍA RUBIO, *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil*, en *Anuario de Derecho Civil*, núm. LVI-4, octubre 2003, pp. 1670-1671.

⁽⁴⁰⁾ Respecto de este punto, cfr. en particular J.P. GONZÁLEZ DEL POZO, *Acuerdos y contratos prematrimoniales (II)*, en *Boletín de Derecho de familia*, núm. 82, sept. 2008, p. 4.

⁽⁴¹⁾ Cfr. sobre el punto C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales*, Ed. Tecnos, Madrid, 2011, pp. 94-95, que apuesta por el principio de reciprocidad matizado por un tipo de proporcionalidad, por así decir, “individualizada”. De hecho afirma la autora que: «La cláusula debería existir para ambos (...) aunque parece razonable que, habida cuenta de las posibles diferencias patrimoniales entre ambos, se ajuste en su caso la cuantía a la situación económica de cada uno» y esto porque «si la situación económica de cada uno de ellos fuera muy distinta, una misma cláusula podría no suponer un gran esfuerzo económico para uno de los esposos y sin embargo ser especialmente gravosa para el otro», poniendo en peligro la igualdad de derechos de los cónyuges.

⁽⁴²⁾ Cfr., entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª, de lo Civil) de 15 de febrero de 2002 (RJ 2002, 1619) que considera que tales convenios extrajudiciales integran un negocio jurídico de Derecho de familia plenamente eficaz como contrato consensual y bilateral. La sentencia en cuestión afirma que «se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas».

dez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (art. 1261 Cód. civ.), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter “*ad solemnitatem*” o “*ad substantiam*” para determinados actos de disposición⁽⁴³⁾ y que «nos encontramos con un convenio acordado por los cónyuges, no para su presentación ante la autoridad judicial y conseguir la homologación del mismo en un proceso de separación; se trata de un auténtico contrato de naturaleza privada, en el que los cónyuges de forma complementaria a la escritura de capitulaciones matrimoniales (...) vienen a regular para el futuro las cuestiones económicas atinentes a los mismos, y ello a raíz de una crisis matrimonial surgida, y por la cual deciden *separarse de hecho*»⁽⁴⁴⁾.

La validez de estos acuerdos, fundados en el libre ejercicio de la facultad de autorregulación de los cónyuges, ampliamente reconocida por la Jurisprudencia y la doctrina registral⁽⁴⁵⁾ «no está condicionada en su validez y fuerza vinculante inter-partes a la aprobación y homologación judicial»⁽⁴⁶⁾ y la intervención de los poderes públicos se limita, por lo tanto, a su posible revisión por parte de los Tribunales de instancia cuando el acuerdo resulte contrario a la legalidad, arbitrario, absurdo, manifiestamente erróneo, o contradiga las reglas de la lógica que son las del buen sentido humano o recto criterio⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴³⁾ Así Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª, de lo Civil) de 15 de febrero de 2002 (RJ 2002, 1619), *cit.*

⁽⁴⁴⁾ SAP Las Palmas, Sección Segunda, sentencia de 18 de septiembre de 1997, que reconoce la validez y eficacia jurídica del convenio de separación de hecho como negocio extrajudicial. Esta doctrina fue confirmada por la STS de 15 de febrero de 2002, núm. 116 (RJ 2002, 1619), *cit.* en un sucesivo recurso de apelación.

⁽⁴⁵⁾ Cfr., STS de 26 de enero de 1993 (RJ 1993, 365), STS de 7 de marzo de 1995, STS de 22 de abril de 1997 (RJ 1997, 3251), STS de 19 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9110), STS de 27 de enero de 1998 (RJ 1998, 110) y STS de 21 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9649). Para la doctrina registral, cfr. las resoluciones de la DGRN de 31 de marzo (RJ 1995, 2669), de 10 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8086) y de 1 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 6593).

⁽⁴⁶⁾ Así Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª, de lo Civil) de 15 de febrero de 2002 (RJ 2002, 1619), *cit.*

⁽⁴⁷⁾ Cfr. entre otras, STS de 11 de junio de 1999 (RJ 1999, 4290), STS de 19 de junio de 1999 (RJ 1999, 4613); STS de 20 enero de 2000 (RJ 2000, 223), STS de 8 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1511), STS de 14 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1833), STS de 19 de septiembre

Por lo que se refiere al acuerdo dirigido a la determinación de la pensión compensatoria, el control de legalidad está garantizado por la intervención del Secretario judicial o del Notario ante el cual hay que formalizar el convenio.

La intervención del Juez se prevé solamente en caso de ausencia o imposibilidad de alcanzar un acuerdo definitivo. En este caso el Juez determinará con sentencia el importe de la pensión teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, «los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges». Esto es, que se intenta mantener la primacía de la autonomía de los cónyuges, respetando en la medida de lo posible su voluntad.

En el convenio regulador del art. 90 Cód. civ., el control por parte de los poderes públicos se traduce, en el caso de presentarse el convenio ante el Secretario judicial o Notario, en un control por parte de éstos acerca de la justicia del acuerdo respecto de ambos cónyuges y de los hijos [«Cuando (...) el Secretario judicial o Notario (...) considerasen que, a su juicio, (...) pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados»], y en su poder de dar por terminado el expediente. En este caso, a los cónyuges sólo les quedará la opción judicial para la aprobación de la propuesta de convenio regulador.

En el caso de presentarse el convenio desde un principio ante el órgano judicial, el Juez someterá su aprobación al respeto del interés de los hijos y del principio de igualdad de los cónyuges («si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges»). Es interesante notar como en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1993 se afirma que «la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes»⁽⁴⁸⁾.

Incluso las medidas contenidas en el mismo convenio que hubieran sido

de 2000 (RJ 2000, 7632), STS de 28 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 7036), STS de 1 de febrero de 2001 (RJ 2001, 1159).

⁽⁴⁸⁾ STS de 26 de enero de 1993 (RJ 1993, 365).

acordadas ante el Secretario judicial o en escritura pública están sustraídas al poder de modificación del juez, y sólo podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo entre los cónyuges (art. 90.3 Cód. civ.).

Con la Ley de Jurisdicción voluntaria se ha alcanzado un justo compromiso bajo el punto de vista de la intervención de los poderes públicos en la gestión autónoma de la crisis matrimonial: los cónyuges pueden agilizar el proceso de separación o divorcio, obviando el procedimiento judicial y presentando un convenio regulador que respete el contenido legal (art. 90 Cód. civ.); pero al mismo tiempo, esta “autonomía” no llega a ser completamente arbitraria, porque el legislador mantiene una forma de “control estatal” que se ejerce a través de la intervención del Notario o del Secretario Judicial, que en calidad de funcionarios públicos dependientes del Ministerio de Justicia, aunque no ejerzan funciones jurisdiccionales, sin embargo garantizan la legalidad del procedimiento y del convenio regulador.

Lo mismo sucede, y aún en mayor medida, con la excepción recogida en el art. 82.2 Cód. civ., que no permite esta solución agilizada en caso de existir hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores. En estos dos casos, el legislador considera que se aplicará el procedimiento establecido en el art. 81 Cód. civ., en aras a la defensa del principio interés superior del menor, cuya relevancia supera la necesidad de privatizar la relación conyugal y agilizar el procedimiento de separación o divorcio, impidiendo obviar el control judicial. En este caso, por lo tanto, la intervención de los poderes públicos en el cauce conyugal se traduce en la obligación de instar un procedimiento judicial y se justifica por la garantía de tutela de intereses superiores.

4. — *El acercamiento del derecho de familia a un sistema de separación y divorcio “a la carta”.*

4.1. *El impacto de las reformas legislativas en la gestión de la crisis conyugal.*

Como es sabido, la reforma introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, enfocada a dar trascendencia a la voluntad del individuo con el fin de tutelar

mejor, en el marco del principio de igualdad jurídica, su *derecho al libre desarrollo de la personalidad y su libertad*⁽⁴⁹⁾, introdujo el divorcio acausal.

Con esta reforma, se ha eliminado la necesidad de que uno de los cónyuges incurra en una de las causas de separación o divorcio para obtener la declaración judicial de la medida respectiva.

Así que el terminarse del matrimonio depende en la actualidad del proceso decisional de cada uno de los cónyuges, que ya no deben alegar razones ni causas justificadas, a parte de su voluntad, que puede ser exclusivamente unilateral e incluso totalmente arbitraria.

De ahí que el resultado de la aplicación al matrimonio del derecho al libre desarrollo de la personalidad sea la conformación de un sistema de separación y divorcio basado exclusivamente en el *affectus* entre las partes.

De paso, para restringir aún más los vínculos legales a la libertad de los esposos, se ha reducido notablemente el plazo de espera para poder interponer la demanda dirigida a obtener la declaración judicial de separación o divorcio, que de un año ha pasado a ser tres meses⁽⁵⁰⁾ desde la celebración del matrimonio.

En conclusión, esta reforma, que se centra en el cónyuge individualmente considerado, supedita el mantenimiento de la unión matrimonial al arbitrio de cualquiera de los cónyuges, eliminando toda medida restrictiva, tanto temporal – excepto el término, en ciertos casos derogable, de los tres meses⁽⁵¹⁾, como causal.

⁽⁴⁹⁾ Sobre este punto, vid. Exposición de Motivos de la Ley de Reforma comentada.

⁽⁵⁰⁾ Este término, además, es derogable cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

⁽⁵¹⁾ Sobre la función del plazo de tres meses, cfr. M. MARTÍN-CASALS, *La separación vincular y la disolución del matrimonio*, en F. LLEDÓ YAGÜE, A. SÁNCHEZ SÁNCHEZ (Dir.), Ó. MONJE BALMASEDA (Coord.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de familia*, I, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 266-267, afirma que: «No queda clara cuál es la finalidad del mantenimiento de un plazo, que la regulación actual reduce de un año a tres meses. Propiamente, no es un plazo de reflexión, ya que en los países donde existe se computa desde el momento de la presentación de la petición o demanda y se requiere siempre, sea cual sea el

El procedimiento judicial, por lo tanto, se ha simplificado notablemente, y la autonomía decisional de cada uno de los cónyuges ha alcanzado la primacía entre las características del proceso.

De ahí que este relativamente nuevo sistema de separación y divorcio por vía judicial constituye un importante hito en el proceso de privatización de las relaciones conyugales.

Por otro lado, con la introducción de la más reciente Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria que ha modificado, entre otras, la redacción de los arts. 82 y 87 Cód. civ., se ha creado una nueva forma de separación y divorcio “extrajudicial” que agiliza y “privatiza” aún más la gestión de las crisis conyugales.

En particular, según la nueva formulación del art. 82 Cód. civ., el procedimiento para poner fin al vínculo matrimonial se concreta en un mutuo acuerdo de separación, transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, que se traduce en la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario. En el convenio, junto a la voluntad inequívoca de separarse, los cónyuges determinan las medidas regulatorias de los efectos derivados de la separación o divorcio, según los términos del art. 90 Cód. civ.

Idéntico procedimiento de carácter extrajudicial se prevé para el caso de que los cónyuges quieran divorciarse: el art. 87 del Cód. civ., de hecho, remite al procedimiento del art. 82 Cód. civ. en cuanto al respeto de la forma y del contenido del convenio, así como a la concurrencia de los requisitos y circunstancias que se requieren en caso de separación.

Los efectos del acuerdo privado de separación de los cónyuges, que se traducen en la efectividad de la separación y por ende en la suspensión de la vida común de los casados y en el cese de la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, tal y como prevé

tiempo transcurrido desde la celebración del matrimonio. Tal vez podría apuntarse que se establece para evitar decisiones precipitadas o viscerales al inicio del matrimonio o como indicio de seriedad y veracidad de la relación matrimonial establecida, aunque la drástica reducción del plazo y su extrema brevedad ponen fácilmente en entredicho cualquier función práctica que se le asigne».

el art. 83 Cód. civ., se producen desde el momento en que los cónyuges otorgan su consentimiento en escritura pública, aunque, para que el acuerdo tenga plenos efectos frente a terceros de buena fe, se requiere la inscripción de una copia de la escritura pública en el Registro Civil.

Tales efectos, por lo tanto, están totalmente equiparados a los de una sentencia judicial firme.

Es de notar que con esta Reforma, si bien el art. 81 Cód. civ., que regula la separación judicial, no ha sido modificado de forma esencial en su contenido, el legislador ha introducido una novedad que se expresa, al principio del artículo, en estos términos: «*Se decretará judicialmente la separación cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio.*».

Así que mientras del art. 82.2 Cód. civ. se desprende que la presencia de hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores es circunstancia *excluyente* de la aplicación del sistema de separación y divorcio extrajudicial («No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores»), del art. 81 Cód. civ. podemos deducir que se trata de una circunstancia en la que el cauce judicial se hace obligatorio.

Por lo tanto, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria no solamente introduce un nuevo sistema extrajudicial de gestión de las crisis conyugales, notablemente simplificado y que mejor responde a las exigencias de las partes, sino que reserva expresamente la aplicación del procedimiento judicial a situaciones determinadas – en particular, a los casos en los que existan hijos menores con las condiciones indicadas anteriormente – en las que se hace más evidente la necesidad de una garantía institucional de los intereses implicados.

4.2. – *Un paralelo con el sistema jurídico italiano.*

Paralelamente a como ha sucedido en España, en Italia el proceso de privatización de las crisis conyugales ha llevado a formas de negociación dirigidas a obtener acuerdos extrajudiciales que confieren a los cónyuges el poder de disponer de su vínculo matrimonial.

La doctrina italiana, lleva años evidenciando la progresiva privatización de la relación matrimonial acompañada por los respectivos cambios normativos en este sentido⁽⁵²⁾.

La Corte de Casación ha repetidamente confirmado este proceso de privatización, estableciendo que cada cónyuge es titular del derecho subjetivo de separarse, divorciarse y reconstituir una nueva familia⁽⁵³⁾.

Entre los cambios normativos que han contribuido notablemente a acelerar este fenómeno, destaca la ley sobre filiación núm. 219/2012, desarrollada por el decreto legislativo núm. 154/2013, que ha equiparado el *status* jurídico de los hijos nacidos dentro del matrimonio al de los hijos nacidos fuera del matrimonio, suprimiendo cada referencia a los términos “hijos legítimos” e “hijos naturales”⁽⁵⁴⁾. Con esta modificación, según una parte de la doctrina, se ha terminado quitando aún más valor a la institución matrimonial, que antes confería el *status* de hijos legítimos⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵²⁾ Cfr., entre otros, M. SESTA, *Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare*, en *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, 1, Milán, 1998, p. 829; P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, en ID. (Dir.), *Trattato di diritto di famiglia*, I, 1, 2ª ed., Milano, 2011, p. 3; A. SASSI, *Accertamento e titolarità nel sistema della filiazione*, en A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *Trattato di Diritto civile. 4. La filiazione e i minori*, 2ª ed., Utet, Torino, 2018, p. 44, que habla de la irrelevancia de la falta de prole a efectos de seriedad del vínculo conyugal, siendo el vínculo fundado «non più sul progetto procreativo ma sull'affettività (...)». Sobre este punto, vid. las importantes análisis de A. PALAZZO, *Eros e jus*, Mimesis, Milano-Udine, 2014, *passim*.

⁽⁵³⁾ Cfr., entre otras, Sentencia de la Corte de Casación italiana de 19 de marzo de 2014, núm. 6289.

⁽⁵⁴⁾ El art. 2 de la Ley 219/2012 que preveía una delega al Gobierno para la revisión de las disposiciones vigentes en tema de filiación, establecía que: «1. Il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi di modifica delle disposizioni vigenti in materia di filiazione e di dichiarazione dello stato di adottabilità per eliminare ogni discriminazione tra i figli, anche adottivi, nel rispetto dell'articolo 30 della Costituzione, osservando (...) i seguenti principi e criteri direttivi: a) sostituzione, in tutta la legislazione vigente, dei riferimenti ai “figli legittimi” e ai “figli naturali” con riferimenti ai “figli” (...)».

⁽⁵⁵⁾ Cfr. M. SESTA, *Negoziata assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, en *Fam. e dir.*, 2015, p. 295; C. MAGLI, *Assegno di divorzio e progressione di carriera del coniuge obbligato: presupposti e limiti dell'aspettativa del coniuge debole*, en *Fam. e dir.*, 2015, p. 380 ss., que habla de un “debilitamiento” del vínculo conyugal debido a tres factores: a) las modifi-

Así que el matrimonio se ha convertido en un asunto privado de los cónyuges, libres no sólo de poner fin a los efectos del mismo, sino sobre todo de evitarlo, ahora que la relación de hecho tiene la misma eficacia jurídica del matrimonio con respecto a los hijos⁽⁵⁶⁾.

La reforma llevada a cabo por la Ley núm. 55/2015 de 6 de mayo⁽⁵⁷⁾, que modifica la Ley del Divorcio (Ley núm. 898/1970 de 1 de diciembre), redujo notablemente el plazo legal de espera para poder pedir el divorcio.

En la actualidad, los cónyuges que quieran empezar un procedimiento judicial de divorcio deben llevar viviendo separados por lo menos doce meses desde la primera comparecencia frente al presidente del tribunal en el procedimiento de separación personal contenciosa y seis meses en caso de separación personal consensual.

caciones legislativas acerca de la filiación (unificación de los *status*) que atestiguan la tendencia a concentrar el sentido jurídico del matrimonio exclusivamente en la relación entre los cónyuges; *b*) la proposición de ley sobre el divorcio breve (hoy *Legge 6 maggio 2015, n. 55, vid. infra*) y *c*) la Ley núm. 162/2014 de 10 de noviembre de conversión del *Decreto Ley de 12 de septiembre de 2014, núm. 132* que introduce la Convención de “*negoziiazione assistita*” (*vid. infra*). Sobre el punto cfr. G. DALLA TORRE, *Famiglia senza identità?*, en *Iustitia*, 2012, I, p. 129, que ya hablaba de una tendencia cada vez más fuerte a la superación del matrimonio como lugar constitutivo de los *status*; A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *Antonio Palazzo e il positivismo degli interessi nel XXI Secolo*, Editorial, en esta *Revista*, 2017, p. 251, consideran que los estudios del Profesor Palazzo han llevado a una superación del concepto de *status* como expresión y actuación de un interés público absoluto, a tutela esencialmente de la unidad y del patrimonio familiar, y como concepto derivado de la pertenencia a un grupo familiar: ahora el *status* y deriva más bien del reconocimiento de una o más relaciones intersubjetivas, y esta construcción jurídica es consecuencia directa de los cambios sociales acerca de los conceptos de familia y paternidad/maternidad. Sobre el concepto de *status*, cfr. también A. SASSI, *Accertamento e titolarità nel sistema della filiazione*, cit., p. 40 ss., que habla de un fuerte cambio de perspectiva, puesto que ya no es el pertenecer al grupo familiar lo que atribuye legitimación al individuo. El mismo autor describe el “individualismo” de los estados civiles, como sistema en el que se atribuye relevancia al estado de filiación en sí mismo considerado, sin importar la tutela de la unidad y del patrimonio del grupo familiar.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. M. SESTA, *Negoziiazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, cit., p. 295 ss.

⁽⁵⁷⁾ *Legge 6 maggio 2015, n. 55 “Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi”*.

El término originario de tres años ha sido sustituido por estos términos más reducidos, tal y como ha sucedido en el caso español, aunque el sistema italiano se puede considerar algo más conservador, debido a que la reducción de estos términos no ha sido tan drástica como ha acaecido en España, donde el término de tres meses es incluso derogable en determinados casos, y por el hecho de conservar un sistema de divorcio causal.

Aunque en forma menor, se puede afirmar que esta reforma puso las bases del proceso de privatización del divorcio, puesto que la reducción de los plazos es un paso importante hacia la promoción de la autonomía de los cónyuges que quieran poner fin a su vínculo matrimonial.

La reforma de Derecho de familia italiano más reciente, que introdujo la Convención de Negociación Asistida y la separación o divorcio ante el Alcalde⁽⁵⁸⁾, constituye el fruto todavía más evidente de este proceso *in fieri*.

Con el Decreto Ley de 12 de septiembre de 2014, núm. 132, sobre “*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell’arretrato in materia di processo civile*”, convertido con relevantes modificaciones en la Ley núm. 162/2014 de 10 de noviembre, se introduce por primera vez en el ordenamiento jurídico italiano la posibilidad para los cónyuges de obtener la separación y el divorcio actuando de manera conjunta, solamente con la asistencia de los abogados o, alternativamente, concluyendo el acuerdo de separación o divorcio en presencia del Alcalde, con la presencia discrecional de un abogado.

En particular, el art. 6 del Decreto Ley núm. 132/2014⁽⁵⁹⁾ introduce la Convención de “*negoziiazione assistita*” en el ámbito de las crisis matrimoniales, en la que, con la asistencia de por lo menos un abogado por parte, se intenta alcanzar la separación o el divorcio a través de una solución consensual.

⁽⁵⁸⁾ Para un análisis completa y detallada de la reforma, cfr. S. STEFANELLI, *Divorzio breve e negoziazione della crisi coniugale*, en A. DIDONE (Cur.), *Le riforme del processo civile*, Milano, 2015.

⁽⁵⁹⁾ Art. 6 (“*Convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio*”) del Decreto Ley 12 septiembre 2014, n. 132 coordinado con la Ley de conversión de 10 de noviembre de 2014, núm. 162.

El acuerdo de “negoziiazione assistita” se transmite al Tribunal competente, en la persona del fiscal, que controla la regularidad del acuerdo y otorga su visto bueno.

El acuerdo alcanzado a través de la “negoziiazione assistita” produce los mismos efectos y sustituye de pleno derecho las medidas judiciales que se adoptan en el procedimiento judicial de separación o divorcio.

Esta solución agiliza notablemente el procedimiento para obtener la separación y el divorcio, permitiendo a los cónyuges alcanzar soluciones consensuales, sin tener que recurrir a la vía judicial tradicional.

Paralelamente a como sucede en el sistema español, esta privatización del conflicto encuentra sus límites en presencia de hijos menores o de hijos mayores de edad incapaces o con grave hándicap o económicamente dependientes de sus padres.

De hecho, en estos casos, el fiscal sólo autorizará aquellos acuerdos que «responden al interés de los hijos»; en caso contrario, transmitirá el acuerdo en un plazo de cinco días al Presidente del Tribunal que ordenará la comparecencia de las partes en un plazo máximo de treinta días, para empezar un procedimiento judicial ordinario.

A pesar de que la privatización de la solución a la crisis conyugal sea bastante evidente en este procedimiento, sin embargo también se prevé una intervención judicial importante, para garantizar la legalidad del procedimiento y el interés de los menores.

Otra forma de solucionar la crisis conyugal que refleja la privatización del Derecho de familia es la separación o divorcio ante el Alcalde, regulada en el art. 12 del Decreto Ley 132/2014⁽⁶⁰⁾.

En este procedimiento, no se prevé la intervención judicial, debido a que los cónyuges pueden redactar un acuerdo de separación o divorcio ante el Alcalde del Ayuntamiento del lugar de domicilio de uno de ellos o del lugar

⁽⁶⁰⁾ Art. 12 (“*Separazione consensuale, richiesta congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e modifica delle condizioni di separazione o di divorzio innanzi all’ufficiale dello stato civile*”) del Decreto Ley 12 septiembre 2014, n. 132 coordinado con la ley de conversión 10 noviembre 2014, núm. 162, cit.

en el que se inscribió el certificado de casamiento, con la presencia facultativa de un abogado.

Como medida para garantizar la autenticidad de las declaraciones recibidas, el Alcalde avisa a los esposos de que éstos deberán volver a comparecer frente a él, en un plazo no inferior a 30 días, para confirmar sus intenciones, anteriormente expresadas en el acuerdo. La falta de comparecencia equivale a falta de confirmación del acuerdo.

El acuerdo tiene los mismos efectos de la sentencia judicial de separación o divorcio.

Este procedimiento probablemente respete más el principio de autonomía de los cónyuges y sea mayormente fiel al proceso de privatización de la resolución de las crisis conyugales, debido a que el control se lleva a cabo por el Alcalde, que es un órgano administrativo, mientras que en el caso de la “*negoziiazione assistita*”, el control se lleva a cabo por el fiscal que es un órgano judicial.

De todas formas, este procedimiento tampoco se permite en presencia de hijos menores o de hijos mayores de edad incapaces o con grave hándicap o económicamente dependientes de sus padres.

En estos casos, la necesidad de garantizar la justicia y la legalidad del procedimiento de separación o divorcio implica sustituir el procedimiento extrajudicial por un procedimiento judicial ordinario.

Esto confirma que el proceso de privatización de la gestión de las crisis conyugales en el sistema italiano⁽⁶¹⁾, al igual que sucede en el sistema español, a pesar de aligerar el sistema judicial⁽⁶²⁾ y valorar la autonomía decisional de las partes en la gestión de sus relaciones privadas, en determinados casos se enfrenta con la intervención de los poderes públicos, encontrándose como

⁽⁶¹⁾ Sobre el punto, cfr. G. FERRANDO, *Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento*, en *I Contratti*, 2015, p. 722 ss., que habla de un «*processo di degiuridificazione della famiglia coniugale*» y considera que «*il controllo pubblico tende ad arretrare rispetto alle scelte ed agli accordi tra i coniugi*».

⁽⁶²⁾ Vid. acerca de este punto las reflexiones del prof. A. PALAZZO, *Translatio Iudicii e negoziiazione assistita*, en *Liberio osservatorio del Diritto*, 2/2015, que habla de «*degiurisdizionalizzazione*».

límites principales el control de legalidad de los acuerdos y el respeto del interés superior de los menores.

5. — *Conclusiones.*

El análisis llevado a cabo en este artículo muestra cómo la evolución de la legislación española en el ámbito del Derecho de familia, en particular tras las últimas reformas en materia de separación y divorcio, ha llegado a configurar el matrimonio como un “asunto privado” de los cónyuges, libremente disponible por su parte.

Con base en el principio de autonomía privada, de hecho, el legislador ha impulsado la gestión autónoma por parte de los cónyuges de las vicisitudes del vínculo matrimonial, manteniendo un control de legalidad mínimo.

De hecho, salvo en caso de presencia de hijos menores de edad, que por su situación requieren la intervención de los poderes públicos para garantizar la defensa de sus intereses, considerados superiores y merecedores de una tutela reforzada, en todos los demás casos se ha llegado a normalizar la resolución extrajudicial de los conflictos conyugales.

En este marco, adquiere una importancia fundamental la reforma llevada a cabo por la Ley de Jurisdicción Voluntaria que introduce unas medidas dirigidas a desjudicializar el proceso de separación y divorcio, aun con los límites descritos.

Y muy parecidamente, en el ordenamiento italiano, la Ley sobre “*Negoziato Assistito*” también ha acabado modificando el panorama legislativo en el mismo sentido, abriendo la vía extrajudicial para la gestión de las vicisitudes del vínculo conyugal.

El fuerte paralelismo entre la reforma española y la italiana no se limita al ámbito temporal, siendo estas leyes casi coincidentes en el tiempo, sino que se extiende al desarrollo de su contenido y a los casos en que se prevé la intervención de los poderes públicos. De hecho, en ambos ordenamientos, la estructura del procedimiento extrajudicial es muy parecida y los límites impuestos para garantizar el nivel mínimo de legalidad y la tutela de los in-

tereses de los hijos menores marcan la línea divisoria con el proceso judicial ordinario.

Estas reformas constituyen, por lo tanto, la cumbre del descrito proceso de acercamiento a la voluntad privada de los cónyuges de la gestión de los asuntos matrimoniales, dirigido a valorizar su autonomía decisional y a desgravar el sistema judicial.

En conclusión, se puede afirmar que efectivamente en la actualidad el matrimonio es un “asunto privado” de los cónyuges, no sólo en la fase de vigencia del vínculo, por lo que se refiere a su estructuración y organización, sino también en la fase de ruptura del mismo, por lo que atañe no sólo a la exigüidad de los plazos legales y a la acausalidad del sistema de separación y divorcio, sino sobre todo a la forma extrajudicial y convenida que puede asumir el procedimiento.