

# La libertad individual como elemento integrante del concepto de matrimonio. Su especial manifestación en la disolución del vínculo conyugal

**LAURA LÓPEZ DE LA CRUZ**  
Profesora Contratada Doctora  
Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

## RESUMEN

*La libertad individual como derecho fundamental consagrado en la Constitución Española juega un papel determinante en la regulación jurídica del matrimonio, lo que se pone de manifiesto no sólo en el momento de su celebración, sino cada vez más en lo que se refiere a los deberes personales que asumen los cónyuges y, tras la reforma del Derecho de Familia de 2005, en el tratamiento de las situaciones de crisis. En efecto, la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha provocado un importante cambio conceptual del instituto del divorcio, siguiendo el ejemplo de otros países europeos como Suecia o Finlandia, donde la voluntad de los cónyuges se erige como el único requisito a tener en cuenta para la extinción del vínculo matrimonial. Sin embargo, un análisis de la regulación del divorcio en Europa nos demuestra que no ha tenido lugar un proceso evolutivo lineal en el que la libertad personal se haya ido afianzando, sino que el tratamiento de la disciplina del divorcio se caracteriza por continuas regresiones, en las que la libertad de los cónyuges se ha visto limitada en función de los intereses políticos. Se trata pues de analizar los cambios que se han ido produciendo en la normativa reguladora del divorcio de los países de nuestro entorno y las consecuencias de la reforma operada en el nuestro.*

## PALABRAS CLAVE

*Libertad personal, familia, matrimonio, divorcio.*

SUMARIO: *Introducción*. 1. La capacidad para contraer matrimonio como manifestación de la libertad personal. 1.1 La capacidad matrimonial en el Código Civil. 1.2 La dispensa judicial de edad. 1.3 El matrimonio en circunstancias especiales de capacidad.-2. *Los deberes conyugales desde el prisma de la libertad*.-3. *La incidencia de la libertad personal en la regulación de la crisis matrimonial*. 3.1 Introducción. 3.2 La libertad personal de los cónyuges y la disciplina del divorcio. 3.2.1 La reforma protestante y el concepto de divorcio-sanción. 3.2.2 Aproximación al concepto de divorcio-quiebra. 3.2.3 El divorcio por mutuo consentimiento. 3.2.4 El divorcio como ejercicio de un derecho individual a no continuar casado. 3.3 El largo recorrido del divorcio en Europa. 3.4 La problemática del divorcio en las legislaciones europeas contemporáneas.-4. *La libertad como fundamento del cambio conceptual del divorcio en el Derecho español*. 4.1 Presentación de la Ley. 4.2. Reflexiones sobre la reforma del divorcio en nuestro ordenamiento jurídico. La función del consentimiento.

## INTRODUCCIÓN

Abordar en la actualidad el estudio del Derecho de Familia obliga a tomar en consideración el enorme influjo que el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales en las distintas Constituciones democráticas europeas ha tenido sobre la institución familiar y las personas que la integran. Como afirma la profesora Valpuesta<sup>1</sup>, el impulso de los derechos fundamentales, unido a los cambios en los comportamientos individuales y a una mayor tolerancia social hacia los mismos ha significado una trascendente mutación conceptual de la familia europea, que de ser un ente supraindividual, titular de unos intereses propios que se imponían a los de sus miembros, ha pasado a ser un marco vital de realización y desarrollo personal, donde priman los derechos individuales de sus componentes.

Una evolución del concepto de familia que se ha dejado sentir asimismo en nuestro país, donde la plasmación constitucional de los derechos fundamentales ha jugado un papel determinante. En este sentido, no sólo se ha diversificado el propio concepto de familia, hasta el punto de que hoy día no cabe hablar de uno sino de distintos modelos familiares, sino que también, dentro de cada uno de ellos, las normas reguladoras de las relaciones jurídico-familiares se han impregnado de los valores y principios constitucionales. Este cambio ha sido especialmente significativo en el matrimonio, donde el tradicional reparto de funciones en el seno familiar ha dejado paso a

<sup>1</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Reflexiones sobre el Derecho de Familia», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 2, 2007, pp. 75 ss.

un sistema bicéfalo, en el que el hombre y la mujer son iguales en derechos y en deberes, y en el que la autonomía de los cónyuges es cada vez más manifiesta. De modo que la organización familiar se empieza a articular entorno a dos principios básicos: igualdad y libertad<sup>2</sup>, abandonando de manera progresiva las situaciones de desigualdad y sumisión características de la familia patriarcal burguesa.

Claro es que las transformaciones aludidas no han estado exentas de obstáculos y dificultades, hasta el punto de poder afirmar que aun hoy no ha concluido este proceso de cambio en el que la familia se ha visto inmersa. Sin duda las modificaciones más relevantes tuvieron lugar en los momentos iniciales del periodo democrático, con la entrada en vigor de la Constitución y la aprobación de las leyes de 13 de mayo y de 7 de julio de 1981. Pero la evolución y el cambio de mentalidad que la sociedad española va experimentando con el paso del tiempo reclaman continuas reformas legislativas. Y en esto reside precisamente la gran potencialidad de los derechos fundamentales, en su versatilidad y capacidad de adaptación a los cambios que demanda una sociedad en continuo proceso de transformación. Pues lo cierto es que la aplicación de los valores y principios democráticos es algo prolongado en el tiempo, de modo que el reconocimiento de los derechos constitucionales no se agota con la reforma de la legislación vigente en el momento de la entrada en vigor del Texto Fundamental, sino que más bien exige una revisión continua de las normas que componen nuestro ordenamiento jurídico<sup>3</sup>.

Y dentro de esta vorágine de transformaciones jurídicas, es destacable como la libertad individual se ha ido consolidando como eje vertebrador de las relaciones familiares. Es bien sabido que la libertad personal como derecho fundamental, que podemos calificar de los clásicos, adquiere especial fuerza transformadora del matrimonio a partir de la Segunda Guerra Mundial, cuando las Constituciones dejan de ser meros textos programáticos y adquieren naturaleza normativa. Con el tiempo, se empieza a percibir una mayor tolerancia a determinados comportamientos, debido principalmente a las reivindicaciones sociales y al mayor peso de los movimientos feministas, que recobran fuerza en los años 60/70. Es a partir de entonces cuando se producen modificaciones de rele-

---

<sup>2</sup> También otros valores y principios constitucionales, como la dignidad de la persona, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, constituyen el marco en el que se ha de desarrollar la vida familiar.

<sup>3</sup> Sobre el tema, HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 50 ss. Sobre la evolución histórica de los derechos fundamentales, PECES BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, I, *Teoría general*, Eudema-Universidad, Madrid, 1991, pp. 126 ss. y en *Leciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 73 ss.

vancia en las normas reguladoras del matrimonio en todos los países democráticos, y también en el nuestro, como hemos dicho, con la Constitución de 1978. En este sentido, la plasmación concreta de la libertad en la regulación de la relación matrimonial va a depender de una mayor conciencia social de la dimensión que tiene este derecho en las relaciones de pareja, a lo que se ha de añadir la progresiva sensibilidad del legislador y las aportaciones de la doctrina y de la jurisprudencia. Llegados a este punto, al legislador le corresponde la tarea de verificar que las normas aplicables se adecuan al nuevo orden establecido estando obligado, si ello no se cumple, a acometer las reformas necesarias.

En concreto en nuestro país, resulta apropiado hacer una reflexión, a partir de las últimas modificaciones legislativas en materia de separación y divorcio, sobre el papel que juega en la actualidad la autonomía personal como elemento configurador de las relaciones personales entre cónyuges.

Si nos situamos en el ámbito del matrimonio, el reconocimiento de la libertad individual se pone de manifiesto en las distintas fases que podemos distinguir a lo largo del mismo. En lo que se refiere a su celebración, el principio de libertad personal se proyecta principalmente en la necesidad de prestar un consentimiento libre, lo que se deja sentir en el tratamiento de los vicios de la voluntad y en la exigencia de una determinada capacidad para contraer matrimonio (art. 46.1.º CC), de modo que quede debidamente asegurada la madurez necesaria para comprender y aceptar las consecuencias de una decisión al respecto<sup>4</sup>. En este sentido, el legislador efectúa un control del ejercicio de los derechos por los menores a quienes se les impide realizar ciertos actos en garantía de aquéllos. Control que también es ejercido por el órgano judicial, único legitimado para dispensar el impedimento de edad (art. 48.2 CC) a fin de evitar la arbitrariedad o los eventuales conflictos de intereses que puedan existir entre el menor y sus representantes legales<sup>5</sup>.

Del mismo modo, la incidencia de los valores y principios constitucionales en el estatuto jurídico del matrimonio reclama la interpretación de los deberes conyugales desde un diverso prisma, a partir del reconocimiento de la libertad personal y de la igualdad entre cónyuges.

---

<sup>4</sup> En opinión de SALVADOR CODERCH, el principio consensualista se acusa no sólo en relación con la capacidad exigida para prestar el consentimiento, sino que alcanza a todos los impedimentos en sentido estricto (arts. 46 a 48), a la normativa sobre las distintas formas de celebración (art. 49 CC), a las causas de nulidad (art. 73 CC) y las distintas posibilidades de convalidación del matrimonio nulo (arts. 48.3, 75 y 76 CC) (*Comentario del art. 45 CC, Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 132-133).

<sup>5</sup> ROCA TRÍAS, «Familia, familias y Derecho de la familia», *ADC*, t. XLIII, fasc. IV, enero-marzo, 1990, p. 1090.

Por último, la aceptación de un mayor margen de libertad personal en la institución matrimonial se pone de manifiesto en el tratamiento de las situaciones de crisis, con una doble vertiente: la posibilidad de disolver el matrimonio y la autonomía para establecer las consecuencias personales y patrimoniales de la ruptura. Centrándonos en el primero de los supuestos señalados, la nueva regulación de la separación y el divorcio ha provocado un cambio conceptual de primer orden en el instituto del divorcio, en el que juega un papel principal la libertad de los cónyuges a la hora de decidir sobre la extinción del vínculo matrimonial.

## 1. LA CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO COMO MANIFESTACIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL

La primera cuestión a la que vamos a hacer referencia, por entender que no está definitivamente resuelta, es la capacidad que se exige en nuestro ordenamiento para considerar válidamente emitido el consentimiento al objeto de contraer matrimonio. La voluntad, como sabemos, requiere conocimiento y libertad, como los dos elementos que integran un consentimiento válido. Y estos dos requisitos se hallan ligados a la capacidad de la persona; capacidad que implica, de un lado, que se tenga el suficiente entendimiento de la realidad exterior y se sea lo suficientemente maduro para apreciar la trascendencia del acto que se va a realizar y, por otro lado, que el sujeto no se halle coaccionado.

Al respecto, el Código Civil en su artículo 46.1.º dispone que no pueden contraer matrimonio los menores no emancipados. La redacción del artículo, proveniente de la reforma de 1981, permite afirmar que la capacidad matrimonial se alcanza en nuestro ordenamiento jurídico con la mayoría de edad; así, el que ha cumplido los dieciocho años goza de la capacidad necesaria para otorgar el consentimiento matrimonial, exigiéndose con ello una especial madurez que garantice la libertad de actuación. Junto al mayor de edad, el legislador admite que puedan prestar válidamente consentimiento los menores emancipados, por lo que, si bien en el actual Derecho de familia no basta con tener dieciséis años para contraer matrimonio, esta determinada edad unida a la independencia jurídica del menor (en algunos casos mera independencia económica, como es la emancipación de hecho) permite reconocerle la suficiente madurez de juicio para prestar un consentimiento libre <sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Bien es cierto que las distintas causas que originan la emancipación se traducen, en lo que se refiere a la prestación del consentimiento matrimonial, en dos vías a seguir: mediante la autorización judicial –emancipación por concesión judicial (art. 320 CC a lo

## 1.1 La capacidad matrimonial en el Código Civil

La elevación de la edad núbil a los 18 años (a los 16 para los emancipados) con la ley de 7 de julio de 1981 supone, en primer lugar, equiparar al marido y a la mujer estableciendo una edad idéntica para ambos<sup>7</sup>. Además, se limita en mayor medida la capacidad de actuación del menor para aquellos actos que afectan principalmente a su esfera personal. Se sigue de este modo una tendencia ya iniciada en Europa<sup>8</sup> que pone de manifiesto una nueva filosofía acer-

que se asimila la habilitación conforme al art. 321 CC) y por matrimonio (arts. 314, 2.º y 316 en relación con el art. 48.2.º CC)– o a través de la autorización o el consentimiento de los progenitores que ostentan la patria potestad –emancipación por concesión paterna (arts. 314, 3.º y 317 CC) y emancipación de hecho (art 319 CC)–. Y en cualquiera de los supuestos citados el control que se efectúa para conceder la emancipación no deja de ser meramente externo, sin adentrarse en las condiciones de madurez del menor de edad.

A favor del matrimonio del menor que vive de manera independiente se pronuncian: ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de familia*, 8.ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, p. 47; ASÚA GONZÁLEZ, Comentario del art. 46 CC, en *Comentarios al Código Civil*, coord. por RAMS ALBESA, t. II, vol. 1.º, Bosch, Barcelona, 2000, p. 503; GETE-ALONSO, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Madrid, 1985, p. 120; MARÍN LÓPEZ, Comentario del art. 45 CC, *Comentarios al Código Civil* coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, 200, p. 147; PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 41; SALVADOR CODERCH, *Comentarios a las reformas...*, cit., p. 164 y en *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 268; ROCA TRÍAS, *Derecho de familia*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 63.

<sup>7</sup> La redacción del artículo 46.1 proviene de la reforma de 7 de julio de 1981. Hasta ese momento, el art. 83, 1.º CC establecía la edad núbil en doce años para la mujer y en catorce para el varón. Con la modificación legal operada no sólo se iguala a los cónyuges en edad, siguiendo los postulados del art. 14 y 32 CE, sino que se eleva ésta hasta casi equipararla a la mayoría de edad. A favor de la reforma, CARRIÓN OLMOS, Comentario del art. 46 CC, en LACRUZ, *Matrimonio y Divorcio. Comentario al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil*, Madrid, 2.ª ed., 1994, pp. 154 ss.; DÍEZ-PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Madrid, ed. de 2004, p. 76; ENTRENA KLETT, *Matrimonio, separación y divorcio* (En la legislación actual y en la historia), Aranzadi, Pamplona, ed. de 1990, p. 367; GETE-ALONSO, *La nueva normativa...*, cit., pp. 39 ss.; LÓPEZ LÓPEZ-LEÓN ALONSO, *Lecciones de Derecho Civil. El matrimonio*, Sevilla, 1982, p. 81; LUNA SERRANO, *El nuevo régimen de la familia*, t. I, *Matrimonio y divorcio*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 57 ss.; PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado*, cit., pp. 109 y ss.; SALVADOR CODERCH, Comentario del art. 46 CC, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, cit., pp. 154 ss. y en *Comentario del Código Civil*, cit., pp. 267 ss. Hoy día, en 23 de los 25 países de la Unión Europea han sido derogadas las normas que establecían una diferencia de edad para hombres y mujeres (DEBOVE -SALOMÓN-JANUILLE, *Droit de la famille*, Vuibert, París, 2006, p. 71).

<sup>8</sup> En Alemania, los contrayentes deben ser mayores de dieciocho años (§1303.1 BGB), pero el tribunal puede autorizar el matrimonio del mayor de dieciséis años si su futura pareja tiene dieciocho (§1303.2 BGB), para lo que se necesita también el consentimiento de los padres (§1303.4 BGB). En Portugal, el matrimonio es nulo si cualquiera de los dos contrayentes es menor de dieciséis años. Si uno (o ambos) es mayor de dieciséis, pero menor de dieciocho, se requiere el permiso de los padres o representantes legales. Ante la negativa, pueden acudir a los tribunales. El matrimonio del menor de dieciocho años sin consentimiento parental o judicial es válido, pero se impondrán sanciones económicas a los contrayentes hasta la mayoría de edad (art. 1649 CC portugués). En Holanda se exige tener al menos dieciocho años. Como excepción se permite el matrimonio del menor de dieciocho años pero mayor de dieciséis años, cuando la mujer está embarazada o ha tenido un hijo, con el consentimiento de sus padres o representantes legales. Ante la negativa injusti-

ca de la concepción jurídica del menor en la que, por un lado, y desde una óptica proteccionista, se le exige una concreta edad como referente de su estado de madurez para la realización de determinados actos y, a su vez, se potencia su participación en la toma de decisiones sobre asuntos que le conciernen muy directamente.

En efecto, se ha de resaltar como las leyes reformadoras de 1981 trastocan los parámetros dentro de los cuales se había desenvuelto la capacidad del menor hasta entonces, de modo que mientras se limita la capacidad al menor para realizar actos que antes no le estaban vetados –reconocimiento de un hijo extramatrimonial, para lo que necesita aprobación judicial (art. 121 CC), ejercicio de la patria potestad sobre sus propios hijos con la asistencia de sus padres (art. 157 CC), disponer de determinados bienes con complemento de su capacidad (art. 323), etc., se opta por una intervención mucho más atenuada en lo referente a ámbitos de relación que contribuyen a su desarrollo y posibilitan la formación de su personalidad, de modo que la atribución de derechos y la definición de sus obligaciones se hace en función de sus propias aptitudes y necesidades– realización de actos relativos a los derechos fundamentales (art. 162.1.º CC) o actos que puedan realizar según sus propias condiciones de madurez (art. 162.1.º, 2 CC), prestación de servicios de carácter personal, para lo que se requiere su previo consentimiento (art. 162 CC *in fine*), o ser oído en las decisiones que le afecten (arts. 154, 156 CC, etc.)

Y precisamente contraer matrimonio queda incluido en el primer grupo de actos señalado, de tal forma que, con una orientación marcadamente proteccionista de sus intereses, sólo a partir de cierta edad (art. 46.1.º CC) puede el menor emitir válidamente el consentimiento matrimonial. El menor de edad deja de ser así considerado para ciertos actos como un reflejo del mayor de edad (*un mayor de edad en miniatura*)<sup>9</sup>, y es reconocido en su propia individualidad; siendo a su vez conscientes de que esta etapa concreta de la vida es por defini-

---

ficada de éstos, se pronunciará el juez y, en casos muy excepcionales, el Ministro de Justicia. En Austria es requisito necesario para contraer matrimonio tener al menos dieciocho años y plena capacidad. Si el contrayente tiene dieciséis años puede ser declarado judicialmente maduro en determinadas circunstancias. Para los contrayentes menores de dieciocho años es necesario el consentimiento paterno (Ley de Matrimonio, *Ehegesetz*, s1cc.). En Inglaterra basta con tener dieciseis años, pero las personas que tienen entre dieciseis y dieciocho años requieren el consentimiento de padre o tutor, y en caso que se lo denieguen, dará el consentimiento el juez. En Francia se requieren los dieciocho años (art. 144 CC, modificado por la Ley núm. 2006-399, de 4 de abril de 2006), si bien el Procurador de la República puede dispensar el impedimento de edad por motivos graves (art. 145 CC), en cuyo caso se requiere el consentimiento de los padres del menor (art. 148 CC).

<sup>9</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ, «El trabajo del menor de edad», *La tutela de los derechos del menor*, 1.º Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, marzo, 1984, p. 415.

ción provisional, en la medida en que el veto al matrimonio se produce en tanto en cuanto no alcance la edad fijada legalmente.

En este sentido, la modificación de la edad matrimonial supone una importante manifestación de un cambio de todo orden en la concepción del matrimonio, cuya principal finalidad deja de ser la procreación<sup>10</sup> para constituir ésta uno de sus posibles efectos junto con muchos otros, siendo el principal la constitución de una comunidad de vida entre los cónyuges. En efecto, analizando la legislación vigente hasta 1981, constatamos cómo el reconocimiento de la capacidad para contraer nupcias en edades tan tempranas quedaba amparado por la función procreadora del matrimonio; una función que se reconocía como propia tanto en el matrimonio civil<sup>11</sup> como en el canónico<sup>12</sup>, en coherencia con la moral dominante, y que se proyectaba sobre el conjunto de la normativa de Derecho de Familia (indisolubilidad del matrimonio, legitimación en exclusiva de los hijos matrimoniales, deberes conyugales).

En estrecha relación con lo anterior, se podía percibir asimismo un cierto propósito de encauzar la conducta sexual de los menores de edad mediante una legislación profundamente limitadora de su libertad, cuya finalidad consistía en restringir las relaciones sexuales cir-

---

<sup>10</sup> Como consecuencia, con la reforma de 1981 queda suprimido el impedimento de impotencia (antiguo art. 83. 3 CC) y cualquier incidencia relativa a la capacidad de procreación de los cónyuges queda imbuída, a lo sumo, en el error al que alude el art. 73 núm. 4 CC..

<sup>11</sup> Desde el Concilio de Trento y en particular a partir de la Cédula de Felipe II de 12 de julio de 1564, por la que se reconocen sus Decretos como leyes del Reino, sólo existe el matrimonio canónico. No es sino con la Ley de 18 de junio de 1870 cuando se reconoce el matrimonio civil en España, imponiéndose un matrimonio civil obligatorio y dejándose sin validez el celebrado conforme a la normativa canónica. Pero a partir del Decreto de 9 de febrero de 1875 y la Orden de 27 de febrero del mismo año se vuelve a conceder a los matrimonios canónicos los mismos efectos civiles que tenían con anterioridad a 1870. Como sabemos, en la Base tercera de la Ley de 11 de mayo de 1888, por la que se autorizaba al Gobierno para la publicación de un Código Civil, se establecía que debían reconocerse dos formas de matrimonio en el texto codificado: un matrimonio canónico, obligatorio para todos aquellos que profesasen la religión católica, que sería regulado por el Derecho Canónico, y uno civil, con carácter supletorio, para aquellos que declarasen ante el juez su aconfesionalidad, y que sería objeto de regulación en el texto codificado. Esta regulación se va a mantener hasta la Constitución de 1978, con la salvedad del período correspondiente a la Segunda República, cuando la Ley de 28 de junio de 1932 impuso un matrimonio civil obligatorio para todos los españoles (vigente hasta la Ley de 12 de marzo de 1938). *Vid.* LÓPEZ LÓPEZ, «Reforma y cripto reforma del sistema matrimonial español», *RGLJ*, LXXV (1977), pp. 229 ss.

<sup>12</sup> El Código de Derecho Canónico de 1917 establecía que «la procreación y educación de la prole es el fin primario del matrimonio (can. 1013 §1). El canon 1055 del actual Código define el matrimonio como «un consorcio de toda la vida constituido entre varón y mujer, mediante el pacto matrimonial, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole». De este modo, se altera la forma de presentar las finalidades del matrimonio, optándose por ofrecer una definición del mismo incluyendo en ella la relación que se crea entre la esencia del matrimonio y sus finalidades específicas (BERNÁRDEZ CANTÓN, *Compendio de Derecho matrimonial canónico*, 8.ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, pp. 32 ss.; LÓPEZ ALARCÓN – NAVARRO-VALLS, *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado*, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, pp. 80 ss.).



cunscribiéndolas al ámbito matrimonial<sup>13</sup>. Es decir, al hacer coincidir la edad núbil con la pubertad, el matrimonio del menor prácticamente aseguraba la ausencia de relaciones prematrimoniales. Ello producía también un efecto legitimador de la descendencia, de modo que quedaba patente la intención de reducir el número de hijos nacidos fuera del matrimonio, a la vez que se ordenaba y se controlaba la vida privada de los futuros contrayentes. De este modo, se limitaban las relaciones extraconyugales reconduciéndolas al matrimonio, y a su vez, como consecuencia y al amparo de éste, se propiciaba una maternidad y paternidad prematuras en adolescentes probablemente incapaces de asumir sus consecuencias.

En definitiva, se trataba de un matrimonio laico que en parte seguía respondiendo al esquema canónico, al que se le atribuía una función predominantemente procreadora aunque también debía cumplir otros cometidos, como es la sujeción de los jóvenes a unos estrictos parámetros de conducta que condicionaban su autonomía y su libertad decisoria. Por todo ello, el requerimiento de la mayoría de edad para prestar válidamente el consentimiento matrimonial tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y la reforma de 7 de julio de 1981 implica también el reconocimiento de la libertad sexual de los menores de edad, al producirse una absoluta desvinculación jurídica entre la pubertad, la edad para contraer matrimonio y la función de procreación de este último.

## 1.2 La Dispensa Judicial de Edad

Como ya fuera puesto de manifiesto en su día por la doctrina más inmediata a la reforma<sup>14</sup>, el sistema regulador de la capacidad para prestar el consentimiento matrimonial sufre una importante quiebra que se traduce en la dispensa de edad que el juez puede otorgar al menor a partir de los catorce años, cuando medie una justa causa<sup>15</sup>.

Siguiendo con la evolución anteriormente señalada en el tratamiento jurídico del menor, es bien sabido que la concepción actual-

---

<sup>13</sup> El canon 1013 del Código de Derecho Canónico de 1917 disponía en su segundo apartado que la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia es el fin secundario del matrimonio.

<sup>14</sup> GETE-ALONSO, *la nueva normativa...*, p. 43; SALVADOR CODERCH, *Comentarios a las reformas...*, cit., p. 159.

<sup>15</sup> En opinión de ciertos autores no es la edad lo que se dispensa, sino la ausencia de emancipación: GONZÁLEZ-PORRAS, «Notas sobre la «justa causa» y otras cuestiones que plantea el matrimonio civil de menores no emancipados», *RGLJ*, 1984, p. 552 y en «La menor edad después de la Constitución y de la reforma del Código Civil (Notas acerca del matrimonio de los menores y el Registro del estado civil)», *RDP*, 1984, p. 462; PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado...*, cit., p. 39. Sobre el tema, *vid.* GETE-ALONSO, «emancipación y matrimonio», *RDP*, 1985, pp. 8 ss. y en *La nueva normativa...*, cit., p. 119.

mente imperante de la minoría de edad excluye que se trate de una incapacidad, considerándose una limitación de la capacidad de obrar<sup>16</sup>, cuyo fundamento principal es la necesidad de protección del menor en coherencia con los dictados constitucionales (art. 39 CE). Un deber de protección que corresponde a los padres titulares de la patria potestad, o al tutor, pero en el que también se ha de involucrar a los poderes públicos y en general a toda la sociedad, con distintos niveles de intensidad y responsabilidad<sup>17</sup>. Ello no significa, desde luego, que se prive al menor de toda posibilidad de actuación en el ámbito jurídico pues, como ya se ha indicado, éste goza de una cada vez más amplia esfera de actuación en la que la intervención de los responsables varía en función del acto de que se trate. Es más, la noción moderna de la minoría de edad abandona la tradicional visión paternalista que vetaba a los menores toda posibilidad de actuación en el tráfico jurídico, reduciendo las contadas comparecencias a situaciones excepcionales, y aboga por un reconocimiento más amplio de su esfera de participación; de modo que, sobre todo a partir de una determinada edad (la adolescencia) se les libera en gran medida de su estado de dependencia y se les permite, con ciertas cautelas, ejercitar sus derechos y defender sus intereses<sup>18</sup>. En este sentido, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor<sup>19</sup> consagra el criterio de la capacidad progresiva del menor en función de su madurez, de tal forma que se permite su actuación en los distintos actos que afecten tanto a su esfera personal como patrimonial, atendiendo siempre a su grado de desarrollo y según su interés o beneficio<sup>20</sup>. Una ampliación de su capacidad que

<sup>16</sup> Tal corriente interpretativa nace de la decisiva aportación de DE CASTRO, que significó un punto de inflexión en la consideración del menor de edad dentro de nuestro ordenamiento jurídico. El autor concibe al menor de edad, no como un incapacitado absoluto, sino como una persona con capacidad de obrar si bien limitada por diversas causas legales. (*Derecho Civil de España. Derecho de la persona*, tomo II, Madrid, 1952, reimpresión de 1984, pp. 175-176). Asimismo, cabe destacar en esta línea a Díez-PICAZO, cuyas primeras aportaciones en este sentido fueron igualmente importantes («Menor edad», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo XVI, 1978, pp. 273-274).

<sup>17</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Derecho Civil. Parte general*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 347 y 359 ss.

<sup>18</sup> Sobre el tema, RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2007, pp. 27 ss.

<sup>19</sup> La Exposición de motivos de la citada Ley establece que «El ordenamiento jurídico y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás. El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos.»

<sup>20</sup> Y ello justifica, igualmente, que determinadas leyes veten su intervención cuando exista riesgo de lesión a su persona, su formación o, en definitiva, a su desarrollo integral. Así, podemos citar a título de ejemplo, la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción

es mucho más patente en lo que se refiere al ejercicio de derechos constitucionales y que aparece bastante más atenuada respecto a los derechos de contenido patrimonial o económico.

Partiendo de las distintas posibilidades de actuación del menor contenidas en el Código Civil y en las normas que conforman su estatuto jurídico, es interesante distinguir aquellos supuestos en los que su participación se limita a una mera audiencia, aquéllos en los que se le legitima para realizar una determinada actuación o efectuar una solicitud por sí mismo y aquellos otros, mucho más trascendentes, en los que el menor de edad adopta una decisión o presta efectivamente su consentimiento <sup>21</sup>.

En el primero de los casos mencionados <sup>22</sup> el menor debe ser escuchado <sup>23</sup>, lo que debe ser interpretado en el sentido de que pueda

---

y trasplante de órganos (art. 4) y el Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos [art. 9.1.a)], según los cuales para que una persona pueda donar órganos para su ulterior injerto o implantación debe ser mayor de edad. También cabe destacar la esterilización y la cirugía transexual a las que sólo pueden prestar su consentimiento los mayores de edad, tal como se deduce del art. 156.1 CP.

<sup>21</sup> Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, quien analiza la participación del menor en situaciones concretas según y en función de su interés (decisiones sobre su salud, en relación con su derecho a la intimidad, en materia de educación, respecto a su derecho a la libertad religiosa, etc.) (*El interés del menor*, cit., pp. 209 ss.).

<sup>22</sup> En lo que se refiere a este primer grupo de supuestos, este reconocimiento progresivo de la capacidad del menor al que hemos hecho referencia se pone de manifiesto en la extensión a los distintos textos normativos del concepto «ser escuchado si tuviera suficiente juicio». En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990) reconoce el derecho del niño a expresar libremente su opinión en todos los asuntos que le incumban, y añade que, a tal fin, se le dará la oportunidad de ser escuchado, por sí o a través de representante legal, en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte (art. 12). Como consecuencia, el art. 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor garantiza el derecho de éste a ser oído «tanto en el ámbito familiar, como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social» y añade que «cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos» (art. 9.3 LOPJM). Como ejemplos en el Código Civil, nos encontramos con el derecho del menor a ser escuchado en los casos de separación, nulidad y divorcio de sus padres cuando el juez deba adoptar medidas relativas a su custodia, cuidado o educación (art. 92.2 CC). Asimismo, para la constitución de la tutela, el órgano judicial debe dar audiencia al menor tutelado si tuviere suficiente juicio y, en todo caso, cuando sea mayor de 12 años (art. 231 CC). Los menores deben ser oídos por sus progenitores cuando éstos, en el ejercicio de la patria potestad, adopten decisiones que les afecten (art. 154.3 CC). También en caso de desacuerdo de los padres, el juez debe dar audiencia al menor de edad si tuviera suficiente juicio, y en todo caso al mayor de 12 años (art. 156.2 CC). Así sobre el cuidado de los hijos por padres que viven separados (art. 159 CC). En los casos de tutela, el juez escuchará al menor cuando haya desacuerdo entre los tutores (art. 237.2) o para autorizar determinadas actuaciones (arts. 271, 272 y 273 CC). Del mismo modo, para formalizar la adopción se requiere la audiencia del adoptando menor de 12 años (art. 177.3.3.º CC), etc. En la Ley de Enjuiciamiento Civil también encontramos preceptos en los que se le impone al órgano judicial la audiencia del menor: art. 770-4.º o art. 777.5 LEC.

<sup>23</sup> RIVERO HERNÁNDEZ matiza que para que el menor pueda opinar de manera valiosa y atendible en Derecho, será necesario que se le proporcione toda la información nece-

manifestar su opinión sobre los asuntos que le incumben, pero es importante hacer hincapié en que la decisión al respecto es tomada por el juez (o los padres o tutores, en su caso), único legitimado para adoptar las medidas que establece la ley para cada caso. Es decir, se trata de una declaración de voluntad del menor que carece de efectos jurídicos propios, cuyo contenido no vincula al órgano judicial, único facultado para determinar el sentido de su intervención.

En el segundo grupo de supuestos se eleva la capacidad de actuación del menor, a quien se le permite una intervención directa mediante el inicio de un procedimiento o la solicitud de un pronunciamiento administrativo o judicial encaminado a la protección de su persona o de su patrimonio <sup>24</sup>.

Y en tercer lugar, junto a los citados supuestos en los que las opiniones o los requerimientos del menor deben ser cuanto menos escuchados por los poderes públicos, en el actual régimen jurídico del menor se le reconoce a éste la capacidad para prestar el consentimiento para la realización de actos o la celebración de negocios jurídicos de indudable trascendencia para su persona y su patrimonio <sup>25</sup>.

---

saría, adecuada a su edad y discernimiento, a fin de que pueda conocer los datos y opciones que conformarán su opinión o deseo (en este sentido, el art. 133.2 CF Cat.) (*El interés del menor*, cit., p. 193).

<sup>24</sup> Son los casos contemplados, entre otros, en los arts. 158 y 167 CC, respecto a la actuación de los padres titulares de la patria potestad; también para la solicitud de remoción del tutor (art. 248 CC); para el nombramiento de defensor (art. 300 CC); en el caso de la emancipación por concesión judicial (art. 320 CC) o del beneficio de la mayor edad (art. 321 CC); o la solicitud de la dispensa de edad para contraer matrimonio (art. 48.2.º CC) (En este sentido, CARRIÓN OLMOS, *Matrimonio y divorcio*, cit., p. 206; GETE ALONSO, *La nueva normativa...*, cit., p. 43; GONZÁLEZ PORRAS, «Notas sobre la «justa causa» y otras cuestiones que plantea el matrimonio civil de menores no emancipados», cit., pp. 555 y ss.; PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado*, cit., p. 114; SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código Civil*, cit., p. 272). Asimismo, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor establece que para la garantía y adecuada defensa de sus derechos, el menor de edad puede solicitar la protección y tutela de la entidad pública competente [art. 10.2.a) LOPJM]; poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que a su juicio atenten contra sus derechos, a fin de que se promuevan las oportunas actuaciones [art. 10.2.b), art. 4.4 LOPJM]; plantear sus quejas al Defensor del Pueblo [art. 10.2.c) LOPJM]; y solicitar los recursos sociales disponibles de las Administraciones Públicas [art. 10.2.d) LOPJM].

<sup>25</sup> Entre éstos, gozan de especial relevancia los actos relativos a los derechos de la personalidad excluidos de la representación legal (art. 162.1.º,1 CC), para los que se sigue el criterio de la progresiva capacidad del menor en función de su edad y madurez, y respecto de los que únicamente se limita su ejercicio en su propio beneficio (interés superior del menor). Como ejemplo de los citados derechos, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor contempla el derecho a la información (art. 5), la libertad de ideología, conciencia y religión (art. 6), derechos de participación, asociación y reunión (art. 7) o la libertad de expresión (art. 8). También se han de mencionar aquéllos actos que el menor, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo (art. 162.1.º,2 C.C.). Como actos en los que la declaración de voluntad del menor goza de eficacia jurídica en el Código Civil, también se han de citar: la emancipación por concesión de quienes ejercen la patria potestad (art. 317 CC); el acogimiento (art. 173.2 CC) y la adopción (art. 177.1 CC) del mayor de doce años. También se incluyen las decisiones respecto al ejercicio de la patria potestad sobre sus propios hijos, aunque con la asistencia de los representantes legales del menor (art. 157 CC); o para la administración de los bienes fruto de su propio trabajo o industria (art. 162.3.º CC). El menor ha de prestar su consentimiento

Centrándonos en el tema que nos ocupa, cual es la dispensa de edad por justa causa, debemos resaltar que tras la debida autorización judicial, es el propio menor quien presta el consentimiento, de modo que, como no podía ser de otra manera (arts. 45, 162.1.º y 267 CC), el juez no consiente el matrimonio, sino que permite que sea el menor quien por sí solo afronte la decisión y por su propia voluntad asuma las consecuencias de un acto de indudable trascendencia jurídica. Dicho de otro modo, el órgano judicial se limita a considerar la procedencia de esa «justa causa» a la que alude el precepto señalado pero la capacidad para comprender y asumir la institución matrimonial de quien presta el consentimiento es la de una persona de catorce años. De este modo, de entre las tres clases de supuestos a los que hemos aludido en los que la participación del menor tiene distinta trascendencia en función de la eficacia jurídica que se haya de otorgar a su declaración de voluntad, el matrimonio del menor con catorce años queda incluido en el tercero de los grupos señalados.

Los interrogantes que la cuestión plantea son muchos, pero quizás por encima de todos haya dos cuestiones que reclaman una respuesta: 1.º) ¿Al otorgar capacidad de decisión a un menor de catorce años para contraer matrimonio, se está asegurando de manera adecuada el ejercicio de su libertad personal como derecho fundamental consagrado y especialmente protegido en la Constitución? 2.º) ¿Existe alguna causa que pueda ser considerada «justa» al objeto de permitir que un menor con esa edad preste válidamente el consentimiento matrimonial?

En cuanto a la primera cuestión, hemos de volver sobre el cambio conceptual que la institución de la minoría de edad ha experimentado en las últimas décadas. Como ya ha quedado señalado, en la actualidad se constata la pérdida de vigencia de la visión meramente protectora del menor en pro de una concepción más activa que promueve su autonomía como sujeto de derechos y le reconoce capacidad para concretar y defender sus intereses de forma paulatina, en función de la progresiva madurez que va adquiriendo con el paso de los años y sus experiencias vitales, siempre en atención a su propio beneficio. Una participación que se acentúa en el ámbito de los derechos fundamentales, donde el interés del menor cobra

---

para la celebración de contratos por los que se obligue a realizar prestaciones personales (art. 162, *in fine* CC); el menor de catorce años cumplidos puede hacer testamento (art. 663.1.º CC). Pueden los menores asimismo aceptar donaciones (arts. 625 y 626 CC), realizar donaciones por razón de matrimonio (art. 1338 CC) o capitulaciones matrimoniales (art. 1329 CC), etc. Sobre la realización del menor de actos de contenido patrimonial en el curso normal del tráfico jurídico al amparo del art. 162, 1.º, 2 CC, *vid.* JORDANO FRAGA, «La capacidad general del menor», *La tutela de los derechos del menor*, cit., pp. 243 ss.

especial relevancia para permitirle su goce efectivo<sup>26</sup>. En este sentido, siempre que la madurez del menor lo permita, y su interés lo aconseje, se le faculta para decidir y actuar según sus propias convicciones. Ello no obstante, también se ha de señalar que el propio contenido y ejercicio de los derechos aludidos puede en muchos casos ser modulado o restringido en lo que se refiere al menor de edad, precisamente con el objetivo de protegerle y dotarle de las máximas garantías en su actuación.

Moviéndonos como estamos en la órbita del derecho a contraer matrimonio, no cabe duda de que su ejercicio afecta en un importante grado a la libertad personal del menor, hasta el punto de condicionar su vida y sus relaciones afectivas o personales y también patrimoniales. Por todo ello, la exigencia de la adecuada madurez para adoptar una decisión al respecto ligada a una determinada edad supone más que una restricción, una garantía de su libertad en el futuro. El permitir a un menor con catorce años contraer matrimonio podría atentar, en principio, contra esa autonomía, pues no parece que la madurez psíquica y emocional correspondiente a un adolescente de catorce ó quince años proporcione las garantías suficientes para asegurar un consentimiento libre destinado a constituir un vínculo, como es el conyugal, con vocación de permanencia<sup>27</sup>.

Desde la óptica constitucional, el derecho a contraer matrimonio (art. 32 CE) supone una importante manifestación de la libertad personal y del libre desarrollo de la personalidad, lo que justifica que el *ius connubii* sea concebido como un derecho primordial de la persona que vincula a los poderes públicos (art. 32 y 53.1 CE)<sup>28</sup>. Como consecuencia, el ejercicio de este derecho debe estar cubier-

<sup>26</sup> Así, los arts. 3 ss. De la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor; art. 3 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del honor, intimidad personal y familiar y de la propia imagen; art. 2 de la Ley 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho de educación; Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa; Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativa; o la Convención de Derechos del Niño de 1989.

<sup>27</sup> Como afirma SALVADOR CODERCH, «el texto constitucional (así como el art. 44 CC) refieren el derecho a contraer matrimonio al *hombre* y a la *mujer* (art. 32.1 CE). No al niño y a la niña, al adolescente y a la adolescente pero tampoco al varón y mujer mayores de edad o capaces de obrar», y añade «la regla del art. 32.1 CE queda así configurada como una norma sustantiva sobre la madurez necesaria para contraer matrimonio y limita sustancialmente el alcance de la remisión a la Ley que realiza luego el 32.2 en materia de edad y capacidad para contraer matrimonio» (Comentario del art. 44 CC, en *Comentarios a las reformas...*, cit., pp. 122-123).

<sup>28</sup> El derecho a contraer matrimonio es reconocido en el art. 16 de la Declaración Universal de los derechos humanos de 1948, en el art. 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del Hombre de 1950, art. 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y art. 16 de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979.

to de las máximas garantías, y ello exige un control de valoración de la libertad y de la aptitud personal para la válida prestación del consentimiento (art. 45 CC). Y no parece que, a la luz de la Constitución, sea fácilmente defendible el matrimonio de un menor con catorce años, aun concurriendo alguna causa justificadora para el mismo. Más bien se podría pensar que nos encontramos ante una reminiscencia del pasado ligada a la función de procreación del matrimonio, por la que se prima el elemento biológico en detrimento del psíquico o mental, lo que en última instancia repercute negativamente en la protección de la libertad personal del contratante<sup>29</sup>. El cambio de criterio de madurez biológica por madurez psicológica obedece al necesario reconocimiento de la libertad personal como derecho fundamental del individuo que no puede ser impedido como consecuencia de la adopción de decisiones, en este caso contraer matrimonio, para las que se carece de la madurez necesaria y que implicarían una vinculación en un proyecto de futuro. Permitir el matrimonio a los catorce años de edad supone una amenaza al principio de libertad matrimonial y conculca las mínimas garantías exigibles en un sistema proteccionista de los menores como es el nuestro.

Pero con todo, no se trata sólo de garantizar la autonomía personal en el momento de prestar el consentimiento. Hay además otro argumento en contra que enlaza directamente con el principio de igualdad. La decisión de contraer matrimonio y, con ello, de formar una familia, incide muy notablemente en las posibilidades de proseguir con la formación cultural y profesional de uno o de ambos contrayentes, lo que puede suponer una frustración de las propias aspiraciones y una clara vulneración del principio de libre desarrollo de la personalidad<sup>30</sup>. No cabe duda de que el matrimonio a edades tan tempranas puede obstaculizar, si no impedir, la educación y la formación de los menores; situación que podría verse agravada en lo que a la mujer se refiere pues, según los datos que se manejan, a menos que su propia capacidad económica lo

<sup>29</sup> En la legislación anterior a la reforma efectuada en 1981 la ausencia del requisito de la edad no era susceptible de dispensa, aunque sí de convalidación, que se producía de forma automática y sin necesidad de declaración judicial expresa en los casos siguientes: *a*) por la convivencia de los cónyuges, un día después de alcanzada la pubertad legal sin haber interpuesto la acción de nulidad; y *b*) por el embarazo de la mujer antes de la pubertad legal o de haberse entablado la reclamación (art. 83.1 CC).

<sup>30</sup> En este sentido también se pronuncia SALVADOR CODERCH, quien, al considerar el matrimonio de adolescentes opina que constituye asimismo una vulneración del principio de protección a la familia (art. 39 CE), desde el momento en que se desresponsabiliza a la familia de origen de los contrayentes de su protección y cuidado y, a su vez, se permite la constitución de una nueva en la que, al menos uno de sus miembros, carece del nivel de desarrollo personal, cultural y profesional que le permita ejercer las funciones apropiadas a la nueva situación (*Comentarios a las reformas...* cit., p. 157).

evite, a las limitaciones que puede sufrir su propia formación hay que añadir la situación de dependencia que es susceptible de generar respecto del marido y que puede suponer, no ya en el presente sino también en el futuro una quiebra definitiva de su autonomía personal <sup>31</sup>.

Respecto al segundo interrogante planteado, se trata de analizar cuál pueda ser esa «justa causa» a la que alude el precepto y que justifica que el juez encargado del Registro Civil autorice el matrimonio en edades tan tempranas. La primera reflexión que surge es que, cuando el legislador contempla una causa, cualquiera que ésta sea, como excepción a la capacidad legal para contraer matrimonio, parece que se está refiriendo a un acontecimiento externo a la propia persona, lo que no concuerda muy bien con el régimen establecido en el que, como se ha dicho, se atiende a elementos intrínsecos al sujeto para certificar su aptitud personal a la hora de otorgar el consentimiento. Dicho de otro modo, la capacidad para prestar válidamente el consentimiento matrimonial queda definitivamente referida a la madurez psíquica o mental de los contrayentes, lo que justifica la exigencia de la mayoría de edad, o como mínimo, la emancipación. Por el contrario, en los casos excepcionales en los que el juez autoriza a una persona a contraer matrimonio cuando no cumple con tales requisitos de edad, la norma no parece exigir un especial análisis de la capacidad del menor sino que ordena se atienda a la justicia y oportunidad de una circunstancia externa que debe ser alegada y probada por el peticionario (RDGRN de 7 de abril de 1995) para fundamentar la autorización del matrimonio <sup>32</sup>. Y de lo que no cabe duda es de que, cuando el art. 48.2 CC alude a la justa causa, ésta debe ser apreciada de con-

<sup>31</sup> En el país vecino, Portugal, un decreto de 1977 (núm. 496/77, de 25 de noviembre) reforma el Código Civil de 1966, tras la Constitución de 1976. Con la mencionada reforma se fija la edad núbil a los dieciséis años tanto para el varón como para la mujer, y en cuanto a esta última se justifica en aras de una mayor protección del derecho de igualdad, de modo que no se impida o se interrumpa la formación de la menor y con ello las posibilidades futuras de acceder a un puesto de trabajo con lo que asegurar su independencia económica (DE MAGALHÃES COLLAÇO, «A reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar vinte e cinco anos depois», *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. I, *Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, 2004, p. 27).

<sup>32</sup> Vid. art. 260.1 RRC, donde se establece que quien solicite una dispensa debe acreditar «los motivos de índole particular, familiar o social que invoque». En la doctrina, ARECHEDERRA afirma que cabría esperar que cuando se dispensa del requisito de la edad sea por excepcionales razones de madurez, lo que no parece a la luz de la casuística que se ha ido produciendo; y añade «nunca habrá justa causa que dispense lo indispensable: el consentimiento matrimonial. Consentimiento que presupone discernimiento» (Comentario del art. 45 CC, en LACRUZ, *Matrimonio y Divorcio, Comentario al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil*, Madrid, 2.ª ed., 1994, pp. 105 y 107). SALVADOR CODERCH opina, sin embargo, que la existencia de justa causa «obliga al juez a realizar un control de valoración de la libertad, seriedad y consciencia de la decisión matrimonial del menor» (*Comentarios a las reformas...*, cit., p. 133). En el mismo sentido, ASÚA GONZÁLEZ, *Comentarios...*, cit., p. 515.



formidad con los valores que sobre el matrimonio manifiesta la Constitución, lo que se traduce no sólo en la necesidad de garantizar la libertad personal y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la Constitución) de los futuros contrayentes, sino también de tutelar el significado y la finalidad de la institución<sup>33</sup>.

Cual sea esa justa causa es una cuestión a la que los autores no parecen poder dar una respuesta, probablemente porque, como ya ha quedado dicho, resulte difícil imaginar una razón que justifique semejante quiebra del sistema. Entre los fundamentos más frecuentemente aludidos se halla el embarazo de la contrayente, que si bien en unos primeros momentos pudo ser tenido en cuenta a efectos de autorizar el matrimonio (RDGRN de 25 de enero de 1985), en la actualidad se ha de excluir como única causa posible de dispensa del requisito de edad<sup>34</sup>, como así ha sido puesto de manifiesto en recientes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado:

«La peticionaria ha alegado como justa causa para la obtención de la dispensa el encontrarse embarazada y que la oposición de su padre está fundamentada en problemas mentales que éste padece. Tal embarazo, no obstante ser una causa de cierta entidad, no puede por sí solo ser suficiente para la obtención de dicha dispensa, como tampoco lo pueden ser los supuestos problemas mentales del padre. En efecto, ninguno de los argumentos expuestos por la recurrente está probado y el Encargado debe tratar, con un criterio objetivo, de cerciorarse respecto a la conveniencia del matrimonio para la peticionaria; y es evidente que, para llegar a esa apreciación, debe tener en cuenta, muy especialmente, las manifestaciones de los padres y por supuesto del Ministerio Fiscal como defensor nato del menor. Teniendo en cuenta que tanto el padre como el Fiscal consideran que es conveniente que la menor no interrumpa sus estudios y que ambos manifiestan su oposición al pretendido matrimonio, es procedente el criterio del Encargado de entender que no existe justa causa para conceder la dispensa de edad.» (RDGRN de 29 de abril de 2000).

<sup>33</sup> En este sentido ocurre algo similar en lo que se refiere a las causas de emancipación contempladas en el Código Civil (arts. 314 ss. CC), en las que se atiende a acontecimientos externos a la capacidad y madurez del menor de edad.

<sup>34</sup> En contra de que sea el embarazo, BAENA RUIZ, «La edad como requisito de capacidad para contraer matrimonio» en *La tutela de los derechos del menor*, Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, marzo 1985, p. 65; CARRIÓN OLMOS, en *Matrimonio y divorcio*, cit., p. 194 y ss.; GONZÁLEZ PORRAS, «La menor edad después de la constitución y de la reforma del código Civil.», cit. p. 474; PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado*, cit., pp. 40 y 110 ss.

«La peticionaria ha alegado y probado como justa causa para la obtención de la dispensa el encontrarse embarazada. Tal embarazo, no obstante ser una causa de cierta entidad, no puede por sí sola ser suficiente para la obtención de dicha dispensa. En efecto, el Encargado debe tratar, con un criterio objetivo, de cerciorarse respecto a la conveniencia del matrimonio para la peticionaria; y es evidente que, para llegar a esa apreciación, debe tener en cuenta, muy especialmente, las circunstancias personales del otro contrayente.» (RDGRN de 25 de abril de 1996).

«En el caso presente, a pesar del embarazo de la promotora, de quince años de edad, y del propósito firme de ésta y del pretendido contrayente de casarse entre sí, hay que concluir que no concurre aquel requisito a la vista de la oposición frontal de los padres de la menor que han sido oídos, como es preceptivo, en el expediente, y, sobre todo, de los antecedentes y la falta de medios económicos del varón, reconocidos por éste y por la solicitante, que no constituyen una garantía sólida para una vida familiar normal ni para la crianza y educación del hijo esperado.» (RDGRN de 28 de marzo de 1985).

Como se puede constatar en las resoluciones señaladas, el embarazo de la menor no es motivo suficiente para autorizar el matrimonio, si bien la gestación de la mujer sigue siendo considerada «causa de cierta entidad». Dicha apreciación permite autorizar el matrimonio cuando concurren otros requisitos como la opinión favorable de los padres (RDGRN de 25 de enero de 1985) o la capacidad económica del otro contrayente (RDGRN de 28 de marzo de 1985). Pero estos motivos en ningún caso garantizan la concurrencia de la madurez personal suficiente<sup>35</sup> y, sobre todo, no aseguran —más bien todo lo contrario— la plena autonomía de la menor que contrae matrimonio. El propio hecho de la concepción, unido al más que probable abandono de la propia formación y a la incapacidad para percibir ingresos profesionales<sup>36</sup> aumenta el riesgo de generar una situación de dependencia respecto del varón

<sup>35</sup> En palabras de FORTINO: «No es suficiente el embarazo de la mujer para conceder la autorización al matrimonio, si tal circunstancia, aun siendo fundada y grave, no se acompaña de la capacidad de concebir el matrimonio como compromiso de vida común, asumido de forma responsable por los solicitantes, y demostrada la independencia psicológica respecto de los progenitores. Son sin embargo considerados indicios de suficiente madurez: la duración de la relación afectiva, la ya comenzada convivencia *more uxorio*, la circunstancia de que el sujeto haya concluido satisfactoriamente un determinado ciclo de estudios o que desarrolle una actividad laboral, la seriedad del programa de vida en común» (*Diritto di famiglia. I valori, i principi, le regole*, 2.ª ed., Giuffrè, Milán, 2004, p. 105).

<sup>36</sup> No nos olvidemos que, según el ET la edad mínima para realizar una actividad remunerada son los dieciséis años (art. 6.1) y sólo se autoriza a los menores para determinadas intervenciones en espectáculos públicos (art. 6.4 ET y el RD 1435/1985, de 1 de agosto, que lo desarrolla).

quien, a través de su trabajo proporciona la única fuente de ingresos en la familia. Una situación que, como ya se ha indicado, puede repercutir muy negativamente en la autonomía personal de la adolescente, creando serios obstáculos a su independencia presente y futura.

Además, se ha de tener en cuenta que conceder la dispensa al menor supone permitir un matrimonio que implica, como sabemos, la emancipación (arts. 314.2 y 316 CC), por lo que al necesario control sobre la madurez de juicio específicamente referida al matrimonio se ha de sumar la aptitud para todos aquellos actos jurídicos que le son permitidos realizar al emancipado. Este último apunte cobra especial relevancia con motivo de la reciente modificación del Derecho matrimonial operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, a la que aludiremos en la tercera parte de este trabajo. La supresión de las causas de separación y divorcio y, en especial, la notable reducción del plazo para solicitar la disolución del vínculo conyugal (tres meses desde la celebración del matrimonio: arts. 81 y 86 CC), permite que se produzcan situaciones como ésta: un menor de edad que con catorce años obtiene la dispensa para contraer matrimonio ex art. 48.2.º CC, como consecuencia del matrimonio contraído se emancipa (arts. 314.2.º y 316 CC), transcurridos tres meses solicita el divorcio (art. 86 CC) y una vez obtenido éste, puede volver a contraer inmediatamente matrimonio, esta vez sin ningún tipo de control judicial sobre su capacidad a pesar de su corta edad que puede incluso no alcanzar los quince años.

Por todo lo dicho, en coherencia con el nivel de participación del menor en la defensa de sus intereses nos parece razonable, como ya han apuntado algunos autores<sup>37</sup> y fue incluso planteado durante la tramitación de la ley de 1981, elevar la edad a partir de la cual el juez pueda autorizar a un menor a contraer matrimonio, siendo los dieciséis años la más adecuada en coherencia con el régimen de la emancipación. Y de hecho, el legislador ha perdido una buena oportunidad de hacerlo al hilo de las reformas del Derecho de familia realizadas en 2005. Ciertamente es que, en la práctica, se estaría autorizando a contraer matrimonio a aquellos menores que previamente no se hubieran emancipado, lo que supondría, a fin de cuentas, un supuesto de emancipación por concesión judicial pero sin atender a las causas recogidas en el art. 320 CC<sup>38</sup>. Junto al requisito de edad, también se habría de exigir, tal y como hace el

<sup>37</sup> En este sentido, CARRIÓN, en *Matrimonio y divorcio...*, cit., p. 199 y esp. nota a pie de pág. 10.

<sup>38</sup> Sobre la emancipación y su significado actual, LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil. Parte general*, vol. 2.º, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 132 ss.

art. 84 del Código Civil italiano<sup>39</sup>, el adecuado control de valoración sobre la capacidad y madurez de los solicitantes, así como de los medios económicos con los que cuentan y las posibilidades de continuar con su formación personal o profesional, de modo que quede adecuadamente garantizado el ejercicio del derecho a contraer matrimonio y con ello la libertad personal de los futuros contrayentes.

### 1.3 El Matrimonio en Circunstancias Especiales de Capacidad

Otra cuestión que surge respecto a la capacidad del mayor de edad para contraer matrimonio es la valoración de la aptitud de aquellos que sufren algún tipo de deficiencia o anomalía psíquica, lo que incluye también a los incapacitados<sup>40</sup>. Es bien sabido que el consentimiento al que alude el art. 45 CC debe ser un consentimiento libre y exento de vicios, de modo que la falta de discernimiento como consecuencia de una perturbación mental pone en entredicho la verdadera voluntad del contrayente y la necesaria libertad de actuación del mismo.

La derogación de la norma que vedaba la celebración del matrimonio a todos aquellos que no estuviesen «en el pleno ejercicio de su razón» al tiempo de contraerlo (antiguo art. 83, 2.º CC)<sup>41</sup>, así

<sup>39</sup> En esta materia es destacable el art. 84 del Código Civil italiano, en el que se establece que «Los menores de edad no pueden contraer matrimonio. El tribunal, a instancia del interesado, constatada su madurez psicofísica y el fundamento de las razones aducidas, oído el Ministerio Público, los padres o el tutor, puede por Decreto emitido en la Cámara del Consejo, admitir por graves motivos el matrimonio de quien haya cumplido dieciséis años». Sobre la cuestión, FORTINO, *Diritto di famiglia. I valori, i principi, le regole*, cit. pp. 103 ss.

<sup>40</sup> A favor de la capacidad del incapacitado para prestar consentimiento en un intervalo de lucidez, ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, cit., p. 49; ARECHEDERRA, Comentario del art. 45 CC, cit., p. 112; DÍEZ PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, cit., p. 77; DURÁN RIVACOBIA, «El matrimonio en intervalo lúcido», *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 1271 ss.; GARCÍA CANTERO, «Comentario del art. 46 CC», en ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. II, Edersa, Madrid, 1982, p. 75.

<sup>41</sup> En el proyecto de ley de reforma del Código Civil el art. 46 contaba con un segundo apartado según el cual no podían contraer matrimonio «los que no estén en el ejercicio de su razón». El grupo parlamentario UCD presentó una enmienda para su supresión cuya motivación decía: «Se trata de suprimir la mención que hace el referido artículo “a los que no estén en el ejercicio de su razón”, y ello por los siguientes motivos: Es innecesaria su mención habiendo un artículo como el 45 según el cual “no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial”. Era mucho más preciso en la idea el art. 83. 2 del Código actual: «...Y no obstante, se planteó la polémica de la capacidad matrimonial del demente en intervalo lúcido, polémica que debe quedar resuelta en sentido afirmativo porque no se puede discriminar a un ciudadano frente a la ley, y cercenar el ejercicio de un derecho constitucional». Los artículos 46 y 47 se refieren a la teoría de los impedimentos, que no son defectos de capacidad, sino prohibiciones legales para el matrimonio que afectan a las personas de los cónyuges como objeto de la relación matrimonial. Palacio del Congreso, 21 de abril de 1980» (*BOCG Congreso de los Diputados*, I Legislatura, serie A, 6 de diciembre de 1980, núm. 123-1, 1, pp. 868/2 y 868/3) (ARECHEDERRA, *Matrimonio y divorcio*, cit., p. 108).

como la nueva redacción del art. 56. 2.º CC, implica, como dos caras de la misma moneda, el reconocimiento de que no toda enfermedad o anomalía mental incapacita para prestar válidamente el consentimiento matrimonial; y, asimismo, que para aquellos que carecen de plena salud psíquica, la protección de su libertad personal exige un mayor control sobre la facultad de entender el significado del matrimonio y de querer contraerlo, a cuyo fin es requerido el dictamen médico pertinente que es preceptivo tanto en los casos de incapacidad natural como en la declarada judicialmente, en función, claro es, del contenido de la sentencia.

La cuestión tiene indudable trascendencia, pues no cabe impedir el *ius nubendi* a los afectados cuando su capacidad de raciocinio les permita conocer el significado del matrimonio y cuáles sean sus consecuencias. Esto supondría un grave atentado a los dictados constitucionales y en concreto al art. 32 CE, que reconoce la libertad nupcial y que, como sabemos, está incluido en el ámbito de aplicación del art. 49 CE. El proyecto de vida en común que significa el matrimonio puede perfectamente ser un proyecto adecuado a las distintas circunstancias de la persona, siempre que la madurez y capacidad de éstas les permita conocer y asumir las responsabilidades inherentes al estado de casado. En última instancia, de lo que se trata es de reconocer la libertad de decidir de las personas con discapacidad mental, a quienes no se les puede vetar el derecho a contraer matrimonio por el mero hecho de adolecer una minusvalía. El reconocimiento constitucional del derecho a contraer matrimonio, así como del libre desarrollo de la personalidad, unido a la presunción general de capacidad del mayor de edad para todos los actos de la vida civil que proclama el art. 322 CC exige un pronunciamiento a favor del matrimonio, que los autores extienden incluso a los casos en que se duda sobre el alcance de la discapacidad del contrayente<sup>42</sup>.

Cierto es que cabría apreciar una aparente contradicción entre el régimen predicable de los menores de edad y el correspondiente a las personas que sufren cierta discapacidad psíquica. Pero las diferencias son claras, en lo que concierne al menor, no se trata de vetarle el matrimonio, sino de brindarle una protección que se corresponde con una adquisición de capacidad de carácter evolutivo. El hecho de que el menor no contraiga matrimonio en la actua-

---

<sup>42</sup> En caso de duda, se inclinan por consentir el matrimonio, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 247-248; MARÍN LÓPEZ, *Comentarios al Código Civil*, coord. por BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, 2001, p. 158; RUANO ESPINA, *La incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas psíquicas, como capítulo de nulidad*, Barcelona, 1989; VENTURA VENTURA, en *Comentarios al Código Civil* coord. por RAMS ALBESA, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 561-562.

lidad no significa que no pueda hacerlo en el futuro, cuando las condiciones de madurez sean las adecuadas, de conformidad con un estado jurídico que presumiblemente ha de llegar por el mero transcurso del tiempo.

En el sentido indicado se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado. En concreto, en la resolución de 1 de diciembre de 1987, al resolver el recurso motivado por la negativa de la Juez encargada del Registro Civil a autorizar el matrimonio de dos personas aquejadas de una oligofrenia leve, pese al informe facultativo favorable, la DGRN determinó lo siguiente:

«Ahora bien, aunque indudablemente el dictamen facultativo no es vinculante para el Encargado, si aquél ha entendido, como conclusión de un estudio razonado que “en la entrevista exploratoria ambos mostraron un conocimiento aceptable sobre lo que supone el matrimonio y sus consecuencias, y se podía apreciar un grado aceptable de voluntad como para prestar el consentimiento válido”, es obvio que la discrepancia del Encargado, para ser legítima, ha de estar fundada en su convicción sobre la falta de capacidad de los contrayentes, deducida de su apreciación y examen directo y personal de éstos. (...) La posibilidad, en fin, de que ciertas deficiencias o anomalías psíquicas, no graves, no impidan el matrimonio se desprende claramente del propio artículo 56 del Código Civil, que es la norma específica aplicable al caso; se halla en consonancia con la presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida civil (cfr. art. 322 CC) y con la esencia del mismo *ius nubendi*, derecho fundamental de la persona reconocido por la Constitución (art. 32), que no puede ser desconocido ni menoscabado más que en casos evidentes de falta de capacidad.»

Del mismo modo se manifestó la DGRN en su resolución de 12 de marzo de 1994, por la que se permitió contraer matrimonio a la contrayente con una oligofrenia crónica que reducía su edad mental a los catorce años:

«Los diversos dictámenes médicos unidos a las actuaciones no excluyen la capacidad de la contrayente para prestar consentimiento, sino que al contrario estiman que el matrimonio sería aconsejable desde el punto de vista clínico (cuestión totalmente distinta es que desaconsejan la procreación); se aclara en ellos que la edad mental de catorce años hace referencia a una equivalencia aproximada del nivel de inteligencia, pero no a las vivencias de la contrayente que corresponden a una persona de más edad. (...) La conclusión adoptada es la que mejor se compagina con la presunción

general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida civil (cfr. art. 322 CC) y con la esencia misma del *ius nubendi* derecho fundamental de la persona reconocido por la Constitución (art. 32), que no puede ser desconocido ni menoscabado más que en casos evidentes de falta de capacidad. Aun en caso de duda, han de prevalecer los principios constitucionales del libre desarrollo de la personalidad y del ejercicio de los derechos fundamentales».

Como ha quedado dicho, incluso en los casos de incapacitación judicialmente declarada se reconoce el derecho a contraer matrimonio como manifestación de la libertad personal y del libre desarrollo de la personalidad, cuando las limitaciones sufridas por el afectado no afectan a su aptitud para entender y asumir el vínculo conyugal. Así, en la RDGRN de 30 de junio de 2005, en la que se reconoce que, a pesar de estar la contrayente judicialmente incapacitada y sufrir trastornos de la personalidad, tales limitaciones no le impiden conocer las responsabilidades que conlleva una relación afectiva:

«Hay que advertir que la sentencia de incapacitación no podrá incluir en el ámbito o extensión de la incapacitación a que se refiere el art. 210 del Código Civil aquellos actos jurídicos que tienen carácter personalísimo en nuestro Derecho, y que como tales no admiten ni su realización sustitutiva por medio de representantes legales, ni el complemento de capacidad a través de la asistencia o aprobación de un curador, de forma tal que su posible ineficacia no derivaría de la incapacitación formal judicialmente declarada, sino de la incapacidad natural del afectado, como sucede en los casos de reconocimiento de hijos no matrimoniales o, en particular y por lo que ahora interesa, en el del matrimonio. (...) En el presente caso tal dictamen (facultativo) ha sido favorable en el sentido de constatar que la contrayente es una persona con una capacidad intelectual dentro de la normalidad que le permite mantener una vida de relación personal y social con su entorno y que, a pesar de los trastornos de la personalidad que se le observan, tales limitaciones no le impiden conocer las responsabilidades que conlleva una relación afectiva, pudiendo discernir correctamente las implicaciones que supone una relación matrimonial y todas sus consecuencias»<sup>43</sup>.

<sup>43</sup> Niegan la capacidad necesaria para prestar válidamente el consentimiento las RRDGRN de 17 de diciembre de 1993, 24 de marzo de 1994, 20 de enero de 1995, 23 de octubre de 1996, 2 de junio de 1999, 29 de enero de 2004. Sobre el consentimiento prestado por el incapacitado, *vid.* RRDGRN de 12 de marzo de 1993, 27 de julio de 1993, 18 de marzo de 1994.

## 2. LOS DEBERES CONYUGALES DESDE EL PRISMA DE LA LIBERTAD

Si bien tradicionalmente se ha dicho que la autonomía de la voluntad está muy restringida en la relación matrimonial, de modo que su principal manifestación se produce a la hora de decidir sobre la celebración del matrimonio, acordar el régimen económico matrimonial y, tras la crisis, adoptar las medidas personales y patrimoniales para el supuesto de separación o divorcio, lo cierto es que se ha producido una cierta flexibilización de su contenido como consecuencia de la consagración del principio de igualdad (arts. 14 y 32 CE) y del reconocimiento constitucional de la libertad personal de los cónyuges, que afecta tanto al contenido de la relación matrimonial, como, muy especialmente tras la reforma de 2005, a la decisión de disolver el vínculo conyugal.

En efecto, el reducido ámbito de aplicación de la autonomía privada en el Derecho de familia, cuyas normas son en su mayoría imperativas y de obligado cumplimiento, se ha justificado por la existencia de un orden público familiar de carácter indisponible por los particulares, que veta cualquier intromisión susceptible de alterar el marco jurídico en el que se desenvuelven las relaciones conyugales y paterno-filiales. La aparente rigidez del modelo que se desprende del Código Civil se pone de manifiesto, entre otros, en la imposibilidad de someter el matrimonio a término o condición alguna (art. 45 CC), así como dar cabida a cualquier tipo de pacto entre cónyuges. Ciertamente es, sin embargo, que a partir de 1975 y, sobre todo, tras las leyes reformadoras de 13 de mayo y de 7 de julio de 1981, consecuencia directa de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, tiene lugar lo que podríamos denominar una privatización del Derecho de Familia, con el consiguiente auge de la autonomía de la voluntad, que se refleja en la nueva organización dual de la familia y en la necesidad de que los cónyuges adopten múltiples acuerdos para el normal desarrollo de la vida familiar.

Unos acuerdos que, sin coincidir en su significado con el concepto de negocio jurídico<sup>44</sup>, permiten a los cónyuges organizar su

<sup>44</sup> En la doctrina, los autores, sin negar la imperatividad de los preceptos que regulan el contenido personal del matrimonio, admiten un cierto margen de autonomía a los cónyuges que les permita adoptar acuerdos sobre su ejercicio. En este sentido, es interesante la opinión de SALVADOR CORDERCH, quien distingue el *negocio* del *acuerdo* entre cónyuges, negando la posibilidad del primero y por tanto su carácter vinculante: «la restricción del art. 45,2 CC es en cierto sentido antinegocial, mas no anticonsensual: niega el negocio, no el acuerdo. Y desde este punto de vista, la regla no restringe sino que amplía el ámbito de reconocimiento a la voluntad de los cónyuges en el matrimonio» (*Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, cit., pp. 135 ss. y en *Comentario del Código Civil*, t. I, Minis-



vida doméstica, y respecto de los cuales el sistema va perdiendo rigidez a medida que el régimen del Código Civil se va permeabilizando por los principios y valores constitucionales y los cambios de mentalidades <sup>45</sup>.

Este mayor margen de libertad va a incidir muy directamente, como no podía ser de otra manera, en el contenido de la relación personal entre cónyuges, de modo que los tradicionales derechos y deberes consagrados en los artículos 67 y 68 del Código Civil, sin haber sufrido modificaciones de envergadura <sup>46</sup>, son objeto de un distinto tratamiento jurídico acorde con la nueva concepción de matrimonio imperante: un matrimonio civil, laico, presidido por los principios y valores democráticos, en cuya regulación priman los derechos fundamentales de los cónyuges. Desde esta perspectiva, el entendimiento de los deberes dentro del matrimonio no es sino una manifestación del proyecto de vida en común en que éste consiste, de modo que el ejercicio constante de estos deberes se

---

terio de Justicia, cit., pp. 265-266). Vid. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia», *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*, sep. núm. 9, Ilustre Colegio Notarial de Granada, mayo, 1986, pp. 9 ss.; DíEZ-PICAZO, «El negocio jurídico de Derecho de Familia», RGLJ, 1962, XLIV; EIRANOVA ENCINAS, «El nuevo Derecho de familia como sistema funcional», *RDF*, núm. 27, 2005, pp. 37 ss.; GETE ALONSO, *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 318 y en *Comentario a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 323; PASTOR VITA, «Algunas consideraciones sobre la Ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio», *RDF*, núm. 28, julio-septiembre 2005, p. 34; RUIZ-RICO RUIZ y CASADO CASADO, «Las uniones de hecho no matrimoniales: consideraciones generales y aspectos registrales», *RCDI*, núm. 685, sept.-octubre, 2004, pp. 2329.

<sup>45</sup> Sobre las más recientes conquistas de la autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia, *The role of self-determination in the modernisation of Family Law in Europe*, AA.VV. coord. por MARTÍN-CASALS y RIBOT, Documenta Universitaria, Girona, 2006.

<sup>46</sup> Con la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio se consagran los derechos y correlativos deberes entre cónyuges de forma recíproca y presididos por el principio de igualdad. El artículo 67 CC, cuyo antecedente legislativo inmediato se encuentra en la ley de 2 de mayo de 1975, establece el deber de respeto y ayuda mutuos, así como el deber de ambos cónyuges de actuar en interés de la familia. El artículo 68 CC, inalterado en su enunciado desde la promulgación del Código Civil, cierra el cuadro de derechos y deberes conyugales al consagrar la obligatoriedad de la convivencia, la fidelidad y el deber de socorro. Sobre la evolución y significado de los mencionados deberes vid. GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, cit., pp. 171 ss.; GETE-ALONSO, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, cit., pp. 115 ss. y *Comentario del Código Civil*, cit., pp. 317 ss.; LETE DEL RÍO, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, coord. por LACRUZ BERDEJO, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1994, pp. 627 ss.; LUNA SERRANO, *El nuevo régimen de la familia*, t. I. *Matrimonio y divorcio*, cit., pp. 115 ss.; MARÍN LÓPEZ, *Comentarios al Código Civil*, cit., pp. 167 ss.; MEDINA DE LEMUS, *Comentarios al Código Civil*, t. II, vol. 1.º, coord. por RAMS ALBESA, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 641 ss. Sobre la última reforma del deber de ayuda y socorro entre cónyuges, LÓPEZ DE LA CRUZ, «La incidencia del principio de igualdad en la distribución de las responsabilidades domésticas y familiares (la nueva redacción del artículo 68 del Código Civil tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio)», *RDP*, 2007, marzo-abril, pp. 3 ss.

traduce, en última instancia, en una continua aceptación del matrimonio.

Incluso el propio incumplimiento de los deberes conyugales se dota de una menor trascendencia, como lo manifiesta la escasa reacción del ordenamiento jurídico frente al mismo <sup>47</sup> –salvo que se lesione un derecho fundamental– así como el distinto tratamiento que le brindan los propios esposos, quienes libremente deciden asignarle un mayor o menor peso a la hora de abordar la crisis conyugal (por ej., la infracción del deber de fidelidad).

Se produce en consecuencia un salto cualitativo que se refleja en que no se ordena ya el comportamiento, sino que se imponen unos límites, que se traducen principalmente en el respeto debido a los derechos fundamentales de cada uno de los cónyuges <sup>48</sup>. De lo que se trata es de establecer el marco jurídico donde se desenvuelve la autonomía de los esposos. A partir de ahí, el contenido de los deberes matrimoniales se dilata o se restringe en función de los intereses personales de cada uno y del significado que ambos hayan optado por dar a su matrimonio. Se constata igualmente como la libertad personal actúa unas veces como impulsora y otras como elemento delimitador de las conductas, en una interpretación de los clásicos deberes personales que poco o nada tiene que ver con el concepto que se ha mantenido de los mismos durante el pasado siglo <sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Al suprimir la Ley de 8 de julio de 2005 las causas de separación y divorcio desaparecen las consecuencias jurídicas que el incumplimiento de los deberes conyugales pueden provocar. Se plantea entonces su semejanza a meros deberes éticos o morales, y se empieza a cuestionar hasta qué punto el legislador puede regular la vida íntima de los cónyuges.

<sup>48</sup> En este sentido ya se pronunció ROCA TRÍAS, «Familia, familias y Derecho de la familia», cit. pp. 1067 y ss. y en *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, p. 70. Más reciente, en «Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis», Estudios homenaje al Profesor Puig Ferriol, 2005.

<sup>49</sup> El entendimiento de los deberes conyugales consagrados en el Código Civil que, como se ha dicho, se han mantenido desde la entrada en vigor del texto codificado, no puede hacerse sino atendiendo al contexto legal y, en su justa medida histórico-sociológico, que ha ido variando a lo largo del siglo xx y xxi. En efecto, si nos situamos en los momentos iniciales de entrada en vigor del Código Civil y hasta bien entrado el siglo xx, en concreto hasta la Ley de 2 de mayo de 1975, constatamos la existencia de un concepto rígido de matrimonio, cuya nota característica era la situación de discriminación jurídica que sufría la mujer respecto del marido, y que se traducían en el deber de obediencia de ésta a su esposo (art. 57), la necesidad de licencia marital para que la mujer pudiera actuar en el tráfico jurídico (arts. 61 y 62), el otorgamiento de la administración de los bienes comunes del matrimonio al marido –si bien con la Ley de 24 de abril de 1958 se requerirá el consentimiento de la mujer para disponer de bienes de cierta entidad económica (art. 1413)–, la representación legal de la mujer por aquél (art. 60) o la atribución sólo a él de la patria potestad sobre los hijos menores de edad (art. 154). En este contexto, la interpretación de los deberes conyugales estaba orientada a mantener el *status quo* legalmente establecido. Así, el deber de convivencia entre cónyuges se traducían en la libre fijación del domicilio por el marido y la obligación de la mujer de seguirle allí donde aquél decidiese fijar su residencia, salvo excepciones contenidas en la ley (art. 58). La mujer carecía de capacidad para tener su propio domicilio; solamente cuando se propusiera interponer una demanda de separación o de nulidad matrimonial, o una querrela por amancebamiento podía el juez

permitirle tener un domicilio elegido por ella, aunque siempre supeditado a que efectivamente se interpusiera esa demanda o querrela. Por tanto, fuera de estos supuestos, la mujer estaba obligada a convivir con el marido, de modo que los tribunales podían obligarla a volver al hogar conyugal cuando aquél así lo solicitase. En cuanto al deber de ayuda y socorro entre cónyuges recogido en el antiguo artículo 56 CC, quedaba igualmente definido en función del deber del marido de proteger a su esposa, correlativo al deber de ésta de obedecer a su marido. Se trataba también de una protección económica, como no podía ser de otra manera puesto que a la mujer no se le permitía ejercer ninguna actividad sin permiso del marido. Precisaba licencia marital para adquirir por título oneroso y lucrativo, enajenar sus bienes y obligarse. Si bien el artículo 58 de la derogada Ley de contrato de trabajo expresamente autorizaba a la mujer separada de hecho a percibir, aun en contra de la voluntad de su marido, la remuneración de su propio trabajo. Respecto al deber de fidelidad, en un primer momento más bien se puede hablar de deber de reproducción, pues el matrimonio estaba orientado a la procreación y el deber de los esposos era contribuir a este fin. El deber de fidelidad tenía pues tanto un aspecto positivo como negativo. En su aspecto positivo existía el llamado débito conyugal, el cónyuge tenía derecho a que el otro cooperase para tener hijos. En cuanto a su aspecto negativo, los cónyuges debían abstenerse de mantener relaciones sexuales con terceros, sin embargo, las consecuencias de la infracción del deber de fidelidad eran muy distintas para hombres y mujeres. La infidelidad de la mujer se castigaba mucho más severamente que la del marido, aquella podía ser acusada del delito de adulterio, mientras que para el hombre se tipificaba el delito de amancebamiento, que sólo era punible «cuando tuviere manceba dentro de la casa conyugal, o notoriamente fuera de ella». Además, hasta 1962 existió en el Código Penal español un precepto, el art. 428, que castigaba «con la pena de destierro» «al marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer, matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare cualquiera de las lesiones graves. Si les produjere lesiones de otra clase quedará exento de pena». Y cabe recordar asimismo que no será hasta 1981 cuando se reconozca a ambos progenitores la patria potestad sobre sus hijos menores de edad, y se equiparen en derechos los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio.

Con la Ley de 2 de mayo de 1975 tiene lugar una importante modificación del Derecho de Familia. Con esta norma se suprime la licencia marital y las limitaciones de capacidad que sufre la mujer casada; en consecuencia, el marido deja de ser el representante legal de su mujer; se establece una total independencia de los cónyuges en el ejercicio de sus derechos privativos, aunque el marido continua en la administración de los bienes comunes; se permite pactar sobre el régimen económico matrimonial; se producen importantes reformas en materia de nacionalidad que afectan a la mujer; y, en definitiva, se predica la igualdad de ambos cónyuges, pero con ausencias importantes en temas como la patria potestad o el régimen económico matrimonial. En este nuevo contexto la forma de interpretar los deberes conyugales sufre algunas alteraciones. El deber de convivencia no es objeto de ninguna modificación en su formulación positiva, si bien el domicilio conyugal es ahora elegido por acuerdo de ambos cónyuges. En caso de discrepancia, prevalecerá la opinión del titular de la patria potestad, es decir, el padre. La ruptura unilateral de la convivencia puede ser sancionada por la vía penal, mediante el delito de abandono de familia tipificado en el art. 487 del Código Penal, y también por la vía civil, como causa de separación (art. 105.2 CC). La innovación más relevante se produce al concebir la convivencia matrimonial como el cauce adecuado para desarrollar la vida en pareja siempre que aquélla sea pacífica y respetuosa. El deber de convivencia sólo será exigible cuando la misma se adopte con las máximas garantías de respeto a los derechos y a la dignidad del consorte, y se acentúa la individualidad de cada cónyuge excluyéndose toda intromisión, salvo en casos de actuaciones ilícitas o en perjuicio de la familia. El deber de convivencia asume un carácter eminentemente funcional, en la medida en que supone la vía idónea para el ejercicio del resto de los deberes del matrimonio. En lo que se refiere al deber de fidelidad, éste no sufre transformaciones de envergadura. Ciertamente que poco a poco empieza a tomar forma la idea de la incoercibilidad de los deberes conyugales y en particular del deber de fidelidad en su aspecto positivo, pero no tanto en atención a los derechos de la personalidad de los cónyuges como a la intimidad de la pareja, que impide al juez entrar en el examen y prueba de ciertas consideraciones. Se mantienen los delitos de adulterio y amancebamiento, que no serán despenalizados hasta 1978 (Ley de 28 de mayo de 1978). Y se ha de recordar que el adulterio fue causa de indignidad sucesoria; que hasta 1981 no se reconocieron los mismos derechos a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales —la ley

En este orden de ideas se han de distinguir aquellas conductas respecto de las cuales el margen de actuación de la libre voluntad de los cónyuges parece ser amplio, por lo que en principio no parece existir ningún impedimento a que puedan ser objeto de acuerdo –como la forma en que se articula el cumplimiento del deber de fidelidad o del deber de convivencia–, y otros comportamientos en los que, por el contrario, la libertad personal actúa como límite, de modo que se excluye cualquier tipo de injerencia de un cónyuge en las decisiones del otro. Así, elecciones tales como el uso de anticonceptivos o la esterilización voluntaria son opciones individuales que no están disciplinadas, y que escapan del contenido que se quiera dar a los deberes personales que dimanen del matrimonio para entrar a formar parte del libre desarrollo de la personalidad de cada cónyuge. En definitiva, se trata de dar una mayor cabida a la autonomía de la voluntad en el Derecho matrimonial<sup>50</sup> pero supe-

---

hablaba de hijos naturales e hijos ilegítimos–, y que la infidelidad ha sido hasta 2005 causa de separación y divorcio.

La última etapa bien podemos situarla en el período constitucional. Como es bien sabido, la entrada en vigor de la Constitución Española provoca un cambio fundamental en la regulación del Derecho de Familia y en el modo de concebir las relaciones familiares. La consagración de los derechos fundamentales implica considerar a la persona como absoluto protagonista. La familia deja de ser considerada como una institución con proyección al exterior, como parte integrante del organigrama estatal, para ser medio de realización de la persona y donde proteger sus intereses. Queda consagrado constitucionalmente el principio de igualdad entre marido y mujer (art. 32 CE), se equiparan jurídicamente los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio y se admiten otras posibilidades de constituir una familia distintas al matrimonio (art. 39 CE). En aplicación de los dictados constitucionales se aprueban las leyes de 13 de mayo y de 7 de julio de 1981, que vienen a reformar los aspectos más trascendentales del Derecho de Familia. En lo que se refiere a los deberes personales, éstos se establecen con carácter recíproco y presididos por el principio de igualdad. La regla general es el acuerdo de ambos cónyuges para la gestión de la vida familiar. El artículo 68 del Código Civil, que reproduce el antiguo artículo 56, consagra el deber de vivir juntos, si bien ya se ha puesto de manifiesto como con la reforma de 1975 se habían alterado los presupuestos de este deber de los esposos articulándose entorno al respeto de la personalidad de cada uno de ellos. Con las leyes de 1981 se mantiene esta concepción de la convivencia aunque se introducen algunas modificaciones, entre ellas, destaca una acentuación de su carácter espiritual, en el sentido de que no es necesaria una residencia conjunta de los cónyuges para constatar la existencia de la convivencia matrimonial. Convivencia y cohabitación dejan de ser sinónimos, bastando con que exista la intención por parte de ambos de estar juntos, aunque circunstancialmente vivan separados por razones coyunturales (derogado art. 87 CC). También los deberes de ayuda y socorro y de fidelidad van a permanecer intactos en su formulación normativa tras la reforma de 1981 (arts. 67 y 68 CC), si bien, en lo que respecta a este último, sólo se conserva el aspecto negativo del mismo. Además, desde 1978 han desaparecido de nuestro ordenamiento los delitos de adulterio y amancebamiento; como se ha dicho, los hijos son iguales ante la ley, y se permite la investigación de la paternidad, aunque la violación del deber de fidelidad, como el de ayuda y socorro, seguirá siendo causa de separación y tras la ley de 7 de julio de 1981 también de divorcio.

Vid. VALPUESTA FERNÁNDEZ, quien hace una excelente exposición de la evolución histórica de los deberes de los cónyuges en *Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente*, Universidad de Sevilla, 1982, pp. 25 ss.

<sup>50</sup> En este sentido, sostiene CORBAL FERNÁNDEZ, «Como consecuencia de los cambios sociales se devalúan algunos de los principios reconocidos, como el de preservar la paz familiar, se refuerzan otros, como los de la protección del menor y de la no discrimina-

ditada en cualquiera de los casos al marco de actuación que conforman los derechos fundamentales de todos los miembros de la familia <sup>51</sup>.

### 3. LA INCIDENCIA DE LA LIBERTAD PERSONAL EN LA REGULACIÓN DE LA CRISIS MATRIMONIAL

#### 3.1 Introducción

Sin lugar a dudas, una de las mayores manifestaciones de la voluntad individual en el Derecho de familia se produce al permitir a los cónyuges acceder al divorcio como medio de extinción del vínculo conyugal; pero no toda la regulación de este medio de disolución del matrimonio refleja en igual medida la libertad de actuación de los esposos, pues ésta depende del juego que se da a la decisión de los mismos. Y así, no es lo mismo que sea suficiente la simple declaración de querer el divorcio o que se requiera la concurrencia de alguna causa en la que fundamentar su solicitud, para lo que se han de aportar los medios de prueba pertinentes; tampoco es indiferente que se legitime a uno o ambos cónyuges para reclamarlo. En este sentido, el tratamiento de la disciplina del divorcio ha abocado a diferentes tipos de disolución en los que se puede apreciar su diversa vinculación con la libertad personal, consecuencia de la concepción del matrimonio vigente en cada momento y el compromiso con los derechos fundamentales, señaladamente el de libertad personal. Y así, se habla de divorcio-sanción, de divorcio-remedio, de divorcio por acuerdo de ambos cónyuges o por voluntad unilateral. Todas estas soluciones han estado vigentes en Europa en uno u otro momento histórico, y aún hoy el panorama actual

---

ción, se consolida el del respeto a la dignidad de la persona (art. 10 CE), y presenta nuevas interesantes perspectivas un principio hasta ahora de escaso rango en el Derecho de Familia, que es el de la autonomía privada» («La doctrina jurisprudencial actual en el Derecho de Familia», *El nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, p. 210).

<sup>51</sup> Muy interesante la opinión de CALAIS-AULOY, quien aboga por un «matrimonio de efectos limitados», cuya duración fija en veinte años y cuya finalidad sería la educación de los hijos del matrimonio. En este contexto, la infracción del deber de fidelidad carecería de consecuencias jurídicas, salvo los casos en que la infidelidad haga imposible la vida de la pareja o de los hijos, introduzca un tercero en el hogar familiar o implique el abandono de la familia. Del mismo modo, también dejaría de tener trascendencia jurídica el deber de ayuda y socorro entre cónyuges, como consecuencia de la emancipación de la mujer y de su incorporación al mercado laboral, que ya no requiere la asistencia económica del marido («Pour un mariage aux effets limités», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, núm. 1, 1988, pp. 257 ss.).

de la regulación de esta figura jurídica carece de la necesaria coherencia y uniformidad.

### 3.2 La libertad personal de los cónyuges y la disciplina del divorcio

#### 3.2.1 *La reforma protestante y el concepto de divorcio-sanción*

Como es bien sabido, en la historia más reciente de Europa la consagración del divorcio como forma de extinguir el vínculo matrimonial se instaura en los países protestantes a partir de la interpretación de la Biblia hecha por los reformistas, que admiten el divorcio por adulterio<sup>52</sup>. Ello supuso en su momento una importante quiebra del principio de indisolubilidad del matrimonio que hasta entonces había mantenido la Iglesia Católica de manera indiscutible al identificar matrimonio con sacramento. Esta nueva norma o regla religiosa es asumida con cierta celeridad por las leyes civiles de los países en los que triunfa la Reforma, añadiéndose posteriormente a esta primera causa de divorcio otros comportamientos tipificados. De este modo, la ideología luterana influye en el Derecho de los países escandinavos<sup>53</sup> y de Alemania<sup>54</sup>, así como las

<sup>52</sup> ANTOKOLSKAIA, «The search for a common core of divorce law: state intervention v. spouses' autonomy», en MARTÍN-CASALS-RIBOT eds., *The role of self-determination in the modernisation of Family Law in Europe*, cit., pp. 33 ss.

<sup>53</sup> En los países escandinavos, el éxito de la Reforma permite el divorcio por adulterio o por abandono del cónyuge (en Dinamarca desde 1536 y en Suecia desde 1572). Se trata de un divorcio claramente basado en argumentos culpabilísticos que va a subsistir hasta entrado el siglo xx. De este modo, en Suecia, las disposiciones sobre el divorcio contenidas en el Código general de 1734 no son derogadas hasta 1915. La Ley danesa de 1682 está en vigor hasta 1922; la Ley noruega de 1687 hasta 1918, y en Finlandia, el Código general sueco es aplicado hasta 1929 (DUMUSC, «Notions de mariage, de divorce et de divorce par consentement mutuel», *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, Libraire Droz, Genève, 1980, p. 84).

<sup>54</sup> En Alemania tras la Reforma se admite el divorcio como sanción a los más graves incumplimientos de los deberes conyugales. Bien es cierto que la desmembración del imperio alemán provoca que el movimiento reformista no se implante con la misma intensidad en todos los Estados, de forma tal que desde el inicio del siglo xvi coexisten ambos sistemas, el reformista y el tradicional católico, cuya máxima es la indisolubilidad del matrimonio. La Escuela de Derecho Natural no tardará en afirmar el carácter contractual del matrimonio y como consecuencia la posibilidad de disolverlo por el acuerdo de los cónyuges, e incluso por la voluntad de uno de ellos cuando se invoque una razón grave que no necesariamente ha de consistir en el comportamiento culpable del otro. Como consecuencia, las legislaciones de los distintos Estados van plasmando distintos modelos de divorcio (como el Código prusiano de 1794). La unificación de Alemania en 1871 implica, entre otras muchas consecuencias, una revisión de la legislación sobre el divorcio. De este modo, una Ley de 1875 sobre el estado civil invita a los *Länder* a admitir el divorcio. Como colofón, el Código Civil alemán de 1900 introduce un Derecho federal de divorcio (DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., pp. 154-155).

enseñanzas calvinistas influenciarán a los hugonotes franceses, los presbiterianos escoceses y los ingleses puritanos <sup>55</sup>.

Se implanta un tipo de divorcio basado en el comportamiento culpable de uno de los cónyuges, que poco o nada tiene que ver aun con la manifestación de la libertad individual. Su regulación responde a la idea extendida de que el matrimonio es una institución que se debe preservar incluso por encima de los intereses de los cónyuges, por lo que únicamente cuando se produce una conducta que merece la reprobación del ordenamiento es posible proceder a su disolución. Desde esta perspectiva, el divorcio significa una sanción a un comportamiento ilegítimo y no una respuesta a toda crisis conyugal, y en ningún caso una opción que se le brinde a los esposos sin ningún tipo de control acerca de sus causas. Y es que en el fondo del tema que estudiamos está la cuestión de la injerencia del Estado en el matrimonio y en la familia con la finalidad de asegurar su vigencia en el orden social. Por ello, en esta exposición en la que se pretende resaltar la relación entre libertad personal y divorcio, deberemos abordar también la intervención de los poderes públicos y el sentido de la misma.

En el divorcio-sanción, las causas por las que éste puede ser solicitado se pueden presentar en forma de lista cerrada, en la que se recogen diferentes conductas de los cónyuges donde el carácter culpable no se discute, o bien, expresarse mediante una cláusula general que establece como causa de divorcio todo comportamiento que constituya una violación grave y reiterada de los deberes conyugales. La disolución del vínculo es concebida como una sanción impuesta al cónyuge culpable, y una salida al inocente para que pueda desligarse de una relación que vulnera sus derechos, ya que sólo este último puede solicitar el divorcio y únicamente por las causas establecidas en la ley. De esta manera, el que con su comportamiento ha provocado la crisis conyugal, tiene vedado desvincularse de una relación matrimonial que él mismo ha conculcado; queda pues sujeto a la decisión del esposo o esposa injuriados. Como se ha dicho, el tratamiento del divorcio se corresponde con una visión trascendente del matrimonio, que se impone a los inte-

---

<sup>55</sup> Inglaterra fue el único país protestante que mantuvo la doctrina de la indisolubilidad del matrimonio, si bien ya en 1670 era posible obtener el divorcio mediante una ley privada del Parlamento. Una situación que se va a mantener hasta el siglo XIX. En 1858 es posible el divorcio judicial basado en el adulterio (Matrimonial Causes Act de 1857). Y en 1937 se admite, junto al adulterio, el abandono, la crueldad, la enajenación mental, así como la violencia, homosexualidad y crueldad del marido (Matrimonial Causes Act de 1937). Confirmadas estas causas de divorcio en las distintas leyes que se sucedieron en 1950 y 1965, son finalmente derogadas en 1971 (Divorce Reform Act de 1969) (ANTOKOLSKAIA, «The search for a common core of divorce law: state intervention v. spouses' autonomy», cit., p. 37; DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., pp. 186-187.).

reses de los cónyuges, de ahí que se dificulte su obtención con requisitos de carácter sustancial y de forma, a fin de mantenerlos unidos en un tipo de relación consagrada socialmente como única vía a las relaciones de pareja. Del mismo modo, los efectos del divorcio también pueden ser diferentes en función de la inocencia o culpabilidad del cónyuge afectado, si bien más tarde, cuando se incorporen otro tipo de soluciones a la crisis del matrimonio, las consecuencias de la ruptura serán desligadas de todo juicio de culpabilidad.

Quizá lo más característico de este tipo de divorcio sea su permanencia en el tiempo, pues a pesar de que pronto va a coexistir con otras modalidades, nunca será desterrado del todo. Ciertamente es que la aparición del divorcio basado en la irreparable ruptura del matrimonio alterará las bases sobre las que el primero se asienta, al concebir el comportamiento culpable de uno de los cónyuges no para sancionarlo, sino como prueba del fracaso matrimonial, pero aun así, como veremos, el componente culpabilístico va a estar presente de un modo u otro, condicionando la autonomía de los cónyuges a la hora de plantear la ruptura.

### 3.2.2 *Aproximación al concepto de divorcio-quebra*

No es sino hasta el período de la Ilustración cuando empieza a tomar forma el divorcio basado en la irreparable ruptura del matrimonio, así como el divorcio solicitado por los cónyuges de común acuerdo, que trataremos más adelante. En cuanto al primero, se empiezan a poner las bases de un divorcio concebido como un remedio a la crisis matrimonial cuando ésta no es susceptible de ser resuelta por otras vías, por lo que el divorcio supone la constatación del definitivo fracaso del matrimonio (divorcio-quebra). El matrimonio representa aún una institución a preservar, un modelo de convivencia que se quiere sustraer a la decisión de los cónyuges acerca de su vigencia, pero la rigidez del sistema se flexibiliza cuando entra en colisión con los intereses de aquéllos; supuesto éste que se identifica con la quiebra de la relación conyugal, cuya apreciación corresponde a los jueces que imponen su control sobre las razones que impulsan a los cónyuges a solicitar el divorcio. Tampoco en este caso se puede afirmar que exista libertad para disolver el matrimonio, pues se trata de que el Estado permita el divorcio como último recurso, existiendo todavía una preferencia por el matrimonio que se impone a la libre decisión de los cónyuges.



Para la demostración del fracaso de la pareja, en ocasiones se exige una previa separación de los cónyuges, judicial o de hecho; y otras veces éstos tendrán que demostrar una causa que efectivamente haga insoportable la vida conyugal, en cuyo caso, las diferencias con el divorcio basado en la culpa se difuminan<sup>56</sup>. Porque si bien se puede observar una evolución del sistema que gradualmente va renunciando al concepto de divorcio-sanción para sustituirlo por el divorcio basado en la quiebra definitiva de la vida matrimonial, lo cierto es que el abandono del primero no implica prescindir del comportamiento culpable de uno de los cónyuges, que es ahora aludido como prueba del irremediable y definitivo fracaso de la vida conyugal. Subsiste por tanto el elemento culpa, pero el concepto de divorcio que se consagra a partir del comportamiento culpable del cónyuge infractor difiere notablemente del primitivo divorcio sancionador al que previamente hemos aludido. El divorcio en este caso no es sinónimo de castigo, sino de cauce o vía de solución al supuesto de crisis matrimonial; y del mismo modo, a la hora de establecer los efectos de la ruptura, no se atiende ya al comportamiento culpable del cónyuge que ha motivado la solicitud, sino a parámetros socioeconómicos y de protección de los miembros de la familia potencialmente más perjudicados con la disolución del matrimonio.

### 3.2.3 *El divorcio por mutuo consentimiento*

Junto al incipiente divorcio basado en la quiebra irreparable del matrimonio, y sin prescindir del divorcio-sanción, se consagra un divorcio cuyo único presupuesto es la voluntad conjunta de ambos cónyuges de extinguir la relación matrimonial. El divorcio por mutuo consentimiento o divorcio a petición de ambos cónyuges supone el reconocimiento de la autonomía de la voluntad para deci-

---

<sup>56</sup> En opinión de DUMUSC, si examinamos el mecanismo del divorcio por culpa, comprobamos que de hecho no es la comisión misma de la falta lo que implica el divorcio. Para que éste fuese el caso, sería necesario que la acción de divorcio pudiese ser ejercitada de oficio por la autoridad, cuando sólo el cónyuge afectado puede intervenir. Si la falta no le es conocida, si la consiente, si no responde duramente a la misma o si la perdona, no hay acción de divorcio. Así como el divorcio no puede ser pronunciado sin culpa o falta, ésta por sí misma no es suficiente para que se decrete el divorcio. Lo que es determinante es el efecto que produce sobre el otro cónyuge, o más precisamente, sobre el vínculo conyugal, según la apreciación del otro cónyuge. El divorcio por culpa aparece así como una forma restrictiva de divorcio-quiebra, limitado a los casos en los que el fracaso está o viene provocado por la falta de un cónyuge. Del mismo modo, respecto al divorcio por mutuo consentimiento, el matrimonio no se resuelve porque los cónyuges quieran, sino porque esta voluntad concordante atestigua que su vida conyugal ha fracasado. El divorcio por mutuo consentimiento no aparece ya como un producto de la teoría contractual del matrimonio, sino también como un caso particular de divorcio quiebra (*Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., pp. 273-275).

dir sobre la extinción del matrimonio y sus causas, y en cierta medida implica el triunfo de la teoría contractualista del matrimonio. El Estado no efectúa un control sobre los motivos, aunque en ciertos casos se imponen algunas trabas para su rápida obtención. Así, por ejemplo, puede exigirse una mínima duración del matrimonio, o el transcurso de un periodo de tiempo tras la solicitud –a modo de período de reflexión–, una cierta edad en los cónyuges o la ausencia de hijos menores a su cargo.

En este tipo de disolución resplandece con más nitidez la libertad de los cónyuges en el tratamiento de la crisis, pero la exigencia de que actúen conjuntamente limita las posibilidades de cada uno en la medida en que se requiere contar con el concurso del otro. Si además se exige que la connivencia de los esposos se extienda igualmente a los efectos del divorcio, se limita la libertad individual del que no quiere seguir unido maritalmente. Sin embargo, no se puede negar el avance que esta solución supuso en el reconocimiento de la libertad como fundamento del divorcio.

### 3.2.4 *El divorcio como ejercicio de un derecho individual a no continuar casado*

El último eslabón de esta cadena evolutiva, con las peculiaridades que más tarde indicaremos, lo constituye sin duda la consagración del divorcio como consecuencia del ejercicio de un derecho individual a no continuar casado<sup>57</sup>. El reconocimiento de un derecho a solicitar el divorcio de manera individual y sin necesidad de alegar causa alguna supone el triunfo definitivo de la libertad per-

---

<sup>57</sup> Sobre el tema, *vid.* GUIBENTIF, «L'évolution du droit du divorce de 1960 à 1981», en COMMAILLE, FESTY, GUIBENTIF, KELLERHALS, PERRIN, y ROUSSEL, *Le divorce en Europe occidentale*, G.I.R.D. (Internacional), C.E.T.E.L. (Ginebra), I.N.E.D. (Paris), 1983. Tras distinguir entre divorcio-sanción, divorcio-quebra y divorcio por consentimiento mutuo, el autor añade dos tipos más: el divorcio remedio y el divorcio por la simple manifestación de la voluntad unilateral. El divorcio-remedio se acerca al divorcio quebra en la constatación de que el matrimonio ha perdido su fundamento, pero se distingue de éste en que el divorcio no procede de una causa subjetiva (la ruptura del lazo afectivo entre esposos), sino de causas objetivas: la enfermedad mental o la desaparición de uno de los cónyuges. El divorcio por manifestación de la voluntad unilateral implica, como su nombre indica, la renuncia a todo poder de examen del juez y a toda facultad de intervención del cónyuge que desea mantener el vínculo matrimonial. Se reduce a una simple formalidad de registro de la voluntad de quien pretende poner fin al matrimonio. En opinión del autor, el valor de la tipología de divorcios reside en que cada tipo de divorcio corresponde a un distinto modelo de matrimonio. Cada tipo de divorcio deriva de un determinado tipo de relación entre la sociedad y los cónyuges, debido a la manera de distribuir el poder de controlar la ruptura. El divorcio-sanción, el divorcio-remedio y el divorcio-quebra sólo serán otorgados sobre la base de un reconocimiento del juez. La decisión de divorcio por consentimiento mutuo corresponde a ambos esposos. El divorcio por la simple manifestación de la voluntad unilateral consagra la entera libertad del individuo, quien aprecia soberanamente los motivos de mantener o no el vínculo conyugal (pp. 187-188).

sonal en la regulación del divorcio, y expresa una concepción del matrimonio que lejos ya de ser considerado como una institución que se debe preservar, se presenta como un medio de conseguir la realización personal y la estabilidad emocional de cada uno de los cónyuges.

Constatamos como en este caso la libertad se impone a ese control que hemos visto por parte del Estado, el cual se limita a valorar las consecuencias de la extinción del vínculo para proteger a los miembros más débiles de la familia, sin que en ningún caso se puedan poner obstáculos para la obtención del divorcio por motivos de fondo y con independencia de la voluntad contraria del otro cónyuge.

Es importante hacer notar como esta evolución conceptual del divorcio en la que gradualmente se va abriendo paso el reconocimiento de la libertad individual no se corresponde con una evolución histórica o cronológica, y prueba de ello es que esta última tipología de divorcio a la que hacemos referencia se consagra por primera vez en Rusia tras la revolución bolchevique de 1917, aunque tendrán que pasar casi cincuenta años para que se asiente este concepto de divorcio unilateral o a petición de un solo cónyuge en otros países de Europa.

### **3.3 El largo recorrido del divorcio en Europa**

Como se ha avanzado, no se puede establecer una evolución lineal de los distintos tipos de divorcio que existen, de tal modo que se pueda afirmar que a lo largo de estos dos últimos siglos se haya pasado de un divorcio-sanción al reconocimiento de la voluntad individual como única causa de divorcio, una evolución marcada por la constante implantación de la libertad de los cónyuges que haya provocado la sucesión ordenada de las distintas soluciones, pues ello no ha ocurrido así. Al contrario, se puede observar la coexistencia de los distintos tipos de divorcio en un mismo ordenamiento cuando no la vuelta atrás con la reimplantación de regímenes jurídicos muy restrictivos de la libertad de los esposos.

En este sentido, es llamativo el caso de Francia donde, tras el triunfo de la Revolución, se consagra el divorcio por mutuo consentimiento con la Ley de 20 de septiembre de 1792. La nueva normativa reviste una especial importancia pues se trata de una de las más liberales y progresistas en su momento. Basada en dos principios fundamentales: la preeminencia de la libertad individual y la teoría contractual del matrimonio, admite el divorcio no sólo por causas específicas determinadas en la Ley (art. 4, núms. 1 a 7),

sino también, por voluntad de ambos cónyuges (art. 2) y por incompatibilidad de caracteres (art. 3).

Sin embargo, el período de aplicación de esta norma será breve, pues tras poco más de tres años de vigencia empiezan a surgir proyectos que pretenden regular el divorcio de forma más estricta, lo que finalmente se plasma en la Ley de 31 de marzo de 1803, por la que se incorpora el título VI «Del Divorcio» al *Code Civil*. A partir de entonces se mantienen únicamente tres causas determinadas de divorcio frente a las siete anteriores: el adulterio (arts. 229 y 230 CC), los excesos, sevicias o injurias graves (art. 231 CC) y la condena de un cónyuge a una pena infamante (art. 232 CC). Se suprime el divorcio por incompatibilidad de caracteres. Y si bien se conserva el divorcio por mutuo consentimiento (art. 233 CC)<sup>58</sup>, a éste se le dota de una serie de complejidades que prácticamente lo hacen inaccesible en la práctica<sup>59</sup>. Se puede comprobar pues como inicialmente se opta por tres tipos de divorcio, pero acontecimientos posteriores por todos conocidos llevan a que se limiten las posibilidades de los cónyuges reduciéndolas a lo que se conoce como divorcio-sanción, hasta hacer desaparecer definitivamente el divorcio con la Ley de 1816. Se da pues un paso atrás en la implantación del divorcio, hasta el punto de eliminarlo del régimen del matrimonio.

Cuando de nuevo se reintroduce el divorcio en 1884 no se retoma la situación anterior, a pesar de los años transcurridos y los avances en esta materia, sino que se restringe a un único tipo: el divorcio-sanción. Se parte únicamente de hechos culpables, como la condena a uno de los cónyuges a una pena aflictiva e infamante (art. 232) o los excesos, sevicias o injurias graves (art. 233) y, desde luego, el adulterio (arts. 229 y 230 CC). Si bien se puede observar como junto al divorcio-sanción va penetrando de forma paulatina el concepto de divorcio basado en la irreparable quiebra del matrimonio. Se ha de destacar asimismo, como explican los

---

<sup>58</sup> Art. 233 Code Civil: «Le consentement mutuel et persévérant des époux, exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, prouvera suffisamment que la vie commune leur est devenue insupportable, et qu'il existe, par rapport à eux, une cause péremptoire de divorce.»

<sup>59</sup> Como es sabido, el Código Civil francés fue introducido en los Países Bajos en 1810 y con él, el divorcio por mutuo consentimiento. Sin embargo la aplicación de este tipo de divorcio fue breve, pues con el Código Civil de 1838 se rechaza esta modalidad aceptándose únicamente el divorcio basado en el comportamiento culpable de los cónyuges. Junto a este tipo de divorcio puede también apreciarse la existencia de un divorcio por quiebra de la vida conyugal, al que los cónyuges podían acceder, no sin dificultades, tras cinco años de separación judicial. Las disposiciones reguladoras del divorcio no serán reformadas hasta 1971 (DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., pp. 16 ss. y p. 143.).

autores <sup>60</sup>, que los tribunales realizaron una amplia interpretación del concepto de ofensa, lo que unido a la ausencia de poderes inquisitorios por parte del juez, llevó en la práctica a admitir el divorcio por mutuo consentimiento, en un intento de hacer coincidir las aspiraciones sociales con la realidad normativa.

Pero lo cierto es que tendremos que esperar hasta 1975 para que en Francia vuelva a implantarse oficialmente el divorcio por consentimiento de ambos cónyuges (Ley de 11 de julio de 1975). Es necesario el transcurso de más de noventa años para que se consagre de nuevo en la legislación francesa el modelo de divorcio consensual que sin embargo no provoca la eliminación de las causas culpables <sup>61</sup>. Es llamativo observar como los principios de igualdad y de libertad han tenido una muy distinta evolución en la historia, de forma que mientras el primero se ha ido imponiendo de manera progresiva a lo largo de los siglos XIX y XX, en lo que respecta a la libertad personal, y más concretamente en el ámbito del matrimonio, ésta se ha visto sujeta a continuas regresiones como consecuencia del control del Estado de las causas de divorcio, que en el fondo revelan un interés por mantener intacta la institución matrimonial <sup>62</sup>.

Distintos son los casos de Bélgica y Luxemburgo. En ambos países el divorcio por consentimiento mutuo heredero de la Revolución Francesa coexiste con un divorcio basado en la culpa y con el divorcio por la irreparable ruptura de la vida en común. En cuanto a este último, se contemplan como causas de divorcio la separación de hecho durante diez años en Bélgica (art. 232.1) o tres años en Luxemburgo (art. 230); y el estado de demencia o grave situación de desequilibrio mental en Bélgica (art. 232.2) o el estado de

<sup>60</sup> DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., p. 30; COMMAILLE, FESTY, GUIBENTIF, KELLERHALS, PERRIN, y ROUSSEL, *Le divorce en Europe occidentale*, cit., p. 56.

<sup>61</sup> Además, se añadirá la irreparable quiebra del matrimonio como causa de divorcio. De este modo, en el Código Civil francés van a coexistir varios tipos de divorcio: divorcio basado en el comportamiento culpable de un cónyuge, divorcio-quiebra y divorcio por mutuo consentimiento.

<sup>62</sup> También en Austria el reconocimiento del divorcio consensual es ciertamente tardío, pues hasta la reforma operada por las leyes de 15 y 30 de junio de 1978 no se consagra el divorcio por mutuo consentimiento en este ordenamiento, y sin que además se produzca el abandono de las causas de divorcio tradicionales (Ley de matrimonio de 1938, que unificaba el Derecho austriaco y el germano, tras la anexión por Alemania de los territorios de Austria): adulterio, conducta indigna o inmorales del cónyuge que cause una desunión profunda e irreparable, problemas mentales del cónyuge que provoquen la misma situación anteriormente citada, enfermedad mental, o enfermedades contagiosas o repugnantes. A partir de la mencionada reforma, los cónyuges, además, pueden solicitar el divorcio sin necesidad de alegar causa alguna, con el único requisito del cese efectivo de la convivencia durante al menos seis meses, y siempre que presenten un acuerdo sobre los efectos del divorcio, a menos, en este último caso, que tales efectos hayan sido objeto de una previa decisión judicial. (DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., pp. 79-80).

alienación mental en principio incurable en Luxemburgo (art. 231), siempre que sean sucedidos tales hechos de un período de separación de los cónyuges de al menos diez años en el primer país y cinco en el segundo. Como se ha dicho, la implantación del divorcio por mutuo consentimiento y del divorcio-quebra no implica la desaparición del elemento culpa, que sigue existiendo, y que se traduce en la posibilidad que tiene un cónyuge de solicitar el divorcio por causa de adulterio y por sevicias o injurias graves por parte del otro (arts. 229 y 231 del Código Civil belga y art. 229 del Código Civil de Luxemburgo) <sup>63</sup>.

El cambio de criterio en la solución de la crisis conyugal se dio también en la Unión Soviética, que arrancó con la normativa más moderna de su época para retroceder posteriormente a posiciones más conservadoras sobre el matrimonio. Un decreto de 1917 y después el Código de Familia de 1918 regulan un divorcio de tipo administrativo para el que no se prevé ningún tipo de investigación en caso de consentimiento mutuo de los cónyuges. Pero el segundo Código de Familia de 1926 va todavía más lejos, al equiparar de hecho el matrimonio con las uniones civiles, de modo que el divorcio así consagrado es la forma de extinguir tanto el uno como los otros, a petición de ambos cónyuges o, lo que es más relevante, por la voluntad unilateral de cualquiera de ellos. En cierto sentido, el Derecho soviético de los años 20 supone la misma ruptura que significó la legislación francesa revolucionaria de 1792. En realidad, y en lo que a Rusia se refiere, más que de una ideología puramente socialista se trata de una legislación acorde a la ola progresista que recorre parte de Europa en aquellos momentos, y que se traduce en una fuerte reacción a la concepción burguesa y patriarcal del matrimonio y de la familia <sup>64</sup>. Pero la libertad de decidir acerca de la relación conyugal se restringe cuando se pone de manifiesto la incapacidad del Estado para atender a las necesidades de sus ciudadanos, por lo que necesita recurrir a la familia para que asuma esta función. Se requiere entonces reforzar los lazos de unión entre sus miembros y para ello se recurre, entre otras medidas, a restringir los supuestos de disolución del matrimonio, lo que ocurre en el año 1944 bajo el mandato de Stalin. De nuevo comprobamos cómo los intereses generales se imponen a los derechos de los

---

<sup>63</sup> Además, para acceder al divorcio por mutuo consentimiento tanto en Bélgica como en Luxemburgo se exige que los cónyuges tengan al menos veintitrés años (art. 275 CCB de 20 de noviembre de 1969 y art. 275 CCL de 6 de febrero de 1975) y que hayan transcurrido los dos primeros años de matrimonio (art. 276 CCB y art. 175 CCL) (DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., pp. 57-58).

<sup>64</sup> ANTOKOLSKAIA, «The search for a common core of divorce law: state intervention v. spouses' autonomy», cit., p. 44.

miembros de la familia. Todas estas reformas, incluso después de su parcial revocación, tuvieron una destacada influencia en el desarrollo del Derecho matrimonial de los países de Europa del Este, y asimismo sirvió de modelo para el Derecho sueco de la década de los 70.

También en Portugal se producen cambios muy significativos en la regulación del divorcio. Así, con la llegada de la república en 1910 se instituye un divorcio por mutuo consentimiento que coexiste con un divorcio litigioso basado tanto en comportamientos culpables como no culpables de uno de los cónyuges, lo que unido a la posibilidad de convertir la previa separación en divorcio, supone la consagración del divorcio basado en la irrefutable quiebra de la vida del matrimonio<sup>65</sup>. Sin embargo, como ya se ha señalado, tras las radicales reformas del inicio del siglo las políticas europeas reguladoras del divorcio estuvieron caracterizadas por continuos pasos hacia atrás en la adopción de normativas progresistas y reconocedoras de derechos individuales. Y así, en el caso que señalamos, la firma del Concordato entre la Santa Sede y el Estado portugués de 7 de julio de 1940, bajo la dictadura de Salazar, impide a los matrimonios católicos el acceso al divorcio. Posteriormente, el Código Civil de 1966 suprimirá las causas objetivas de divorcio (arts. 1778 y 1792 CC), eliminando el divorcio por consentimiento mutuo (art. 1792 CC), y autorizando a los tribunales a imponer la separación judicial aun cuando los cónyuges hubiesen solicitado el divorcio (art. 1794 CC). En 1975, con la llegada de la democracia, se reestablece finalmente el divorcio para los católicos (Decreto-ley núm. 261/75, de 27 de mayo de 1975), esta vez basado en la irreparable ruptura de la vida matrimonial.

Y otro ejemplo de estos avances seguidos de continuos retrocesos en el reconocimiento de la libertad en las normativas reguladoras del divorcio lo hallamos en el caso español, donde es por todos conocida la breve vigencia de la Ley de 2 de marzo de 1932<sup>66</sup> que, con una clara influencia del Derecho soviético, junto a la enumera-

---

<sup>65</sup> Se contemplan tanto causas subjetivas –adulterio o abandono del domicilio conyugal–, como objetivas, como la ausencia o la locura incurable de un cónyuge o la separación libremente consentida durante diez años consecutivos (art. 4 del decreto de 3 de noviembre de 1910). El divorcio por mutuo consentimiento será admitido si los cónyuges tienen veinticinco años y llevan casados al menos cinco (Código de Procedimiento Civil de 1939). (DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., p. 69).

<sup>66</sup> Con la Constitución de 9 de diciembre de 1931, y por primera vez en nuestra historia, se reconoce el divorcio, estableciéndose en su artículo 43.1 que «La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa».

ción de una serie de causas culpables<sup>67</sup> permitía a los cónyuges solicitar el divorcio sin necesidad de alegar causa alguna, una vez transcurrido un período de dos años a partir de la celebración del matrimonio<sup>68</sup>. Sin embargo, la Ley de 2 de marzo de 1932 gozó de un breve período de vigencia, pues con el triunfo de la dictadura es derogada por Ley de 23 de septiembre de 1939, si bien ya el Decreto de 2 de marzo de 1938 había ordenado la suspensión de los procedimientos de separación y divorcio en curso así como de las actuaciones necesarias para el divorcio consensual, confirmando el reestablecimiento de la normativa codificada.

Como hemos visto, quizá la característica más importante de la evolución del concepto de divorcio en los países señalados es que no se trata de un proceso lineal, puesto que las diversas soluciones no se han presentado de forma sucesiva en el tiempo; y en muchos casos han evolucionado hacia tipos más avanzados –desde la perspectiva del reconocimiento de la libertad individual–, sin abandonar del todo otros modelos más conservadores. Tampoco obedece a criterios territoriales, pues los distintos ordenamientos han acogido una u otra clase de divorcio en una absoluta heterogeneidad, lo que pone de manifiesto como las normativas regula-

<sup>67</sup> La Ley de 2 de marzo de 1932 enumeraba en su artículo 3 trece causas de divorcio: «1. El adulterio no consentido o no facilitado por el cónyuge que lo alegue. 2. La bigamia, sin perjuicio de la acción de nulidad que pueda ejercitar cualquiera de los cónyuges. 3. La tentativa del marido para prostituir a su mujer y el conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y la connivencia en su corrupción o prostitución. 4. El desamparo de la familia, sin justificación. 5. El abandono culpable del cónyuge durante un año. 6. La ausencia del cónyuge cuando hayan transcurrido dos años desde la fecha de su declaración judicial, computada conforme al artículo 186 del Código Civil. 7. El atentado de un cónyuge contra la vida de otro, de los hijos comunes o los de uno de aquéllos, los malos tratamientos de obra y las injurias graves. 8. La violación de alguno de los deberes que impone el matrimonio y la conducta inmoral o deshonorosa de uno de los cónyuges, que produzca tal perturbación en las relaciones matrimoniales, que hagan insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida en común. 9. La enfermedad contagiosa y grave de carácter venéreo, contraída en relaciones sexuales fuera del matrimonio y después de su celebración, y la contraída antes, que hubiera sido ocultada culposamente al otro cónyuge al tiempo de celebrarlo. 10. La enfermedad grave de la que por presunción razonable haya de esperarse que en su desarrollo produzca incapacidad definitiva para el cumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales, y la contagiosa, contraídas ambas antes del matrimonio y culposamente ocultadas al tiempo de celebrarlo. 11. La condena del cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a diez años. 12. La separación de hecho y en distinto domicilio, libremente consentida durante tres años. 13. La enajenación mental de uno de los cónyuges, cuando impida su convivencia espiritual en términos gravemente perjudiciales para la familia y que excluya toda presunción racional de que aquélla pueda restablecerse definitivamente. No podrá decretarse el divorcio en virtud de esta causa, si no queda asegurada la asistencia del enfermo.»

<sup>68</sup> Art. 4: «Tienen capacidad para pedir el divorcio por mutuo disenso los cónyuges que sean mayores de edad. No se podrá ejercitar este derecho si no han transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio». *Vid.* DE LA ESCALERA Y GAYÉ, *Ley del divorcio de 2 de marzo de 1932*, notas, comentarios y jurisprudencia, 1.<sup>a</sup> ed., Góngora, Madrid, 1932.



doras del divorcio varían de un país a otro en función de los intereses políticos.

No obstante lo dicho, en algunos países sí se puede apreciar una línea progresiva que ha ido marcando la sucesión de los distintos tipos de divorcio. Es el caso de los países escandinavos, donde se produce un importante cambio conceptual en la institución. En concreto, en Suecia, la llegada al poder de los liberales en 1905 marca el inicio de una política reformadora en materia matrimonial<sup>69</sup>. Una corriente también seguida en Dinamarca y Noruega, lo que lleva a constituir en 1910 una serie de comisiones jurídicas para elaborar una nueva legislación sobre matrimonio y divorcio, si no idéntica al menos muy similar en los tres países. El rasgo común lo constituye la configuración de la irreparable quiebra del matrimonio como causa de divorcio<sup>70</sup>, que sustituye al tradicional divorcio-sanción y que va a coexistir con el divorcio por mutuo consentimiento, obtenido por conversión de una previa separación judicial a petición de uno o ambos cónyuges.

Como bien puede observarse, la regulación del divorcio en Suecia se presenta como una de las más progresistas de todo el siglo xx, aunque también es cierto que la realidad político-social del país difiere notablemente de la situación dominante en el resto de los países europeos: Ya la ley de 11 de junio de 1920 proclamaba la igualdad formal entre hombres y mujeres; pero es en los años 70 cuando se consolida el cambio. Provocado por circunstancias conocidas por todos, destaca el hecho de que la mitad de la población femenina ejerce una profesión, lo que les confiere un alto nivel de independencia económica. A

<sup>69</sup> Los liberales eran partidarios de un Derecho de divorcio más justo, realista y constructivo y consideraban que el mantenimiento por la fuerza del vínculo matrimonial cuando éste ha fracasado no producía beneficios ni a los cónyuges ni a la sociedad. Para dar efectividad a tales planteamientos era del todo necesaria la desvinculación de la religión y asimismo una nueva concepción del matrimonio en el que los cónyuges sean iguales jurídica, social y económicamente (DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., p.85). Vid. GAUNT-NYSTROM, en BURGUIERE y otros ed., *A history of the family*, vol. II, *The impact of Modernity*, Polity Press, Cambridge, 1996, p. 480.

<sup>70</sup> El sistema escandinavo contempla diferentes causas de divorcio comunes a los cinco estados (Suecia, Dinamarca, Noruega, Finlandia e Islandia): el adulterio, el abandono, atentado contra la vida, la condena a una pena de privación de libertad de una cierta duración, la celebración de un segundo matrimonio mientras exista el primero, la exposición del cónyuge a una enfermedad venérea, la vida separada de los cónyuges durante un tiempo que es variable según los países y la naturaleza de la separación, la ausencia de un cónyuge y la enfermedad mental, en determinadas condiciones (DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., p.87). Como bien puede constatar, se trata de situaciones que ponen de manifiesto el fracaso de la vida matrimonial al margen, en algunos de los casos, de la actitud o comportamiento culpable del cónyuge que las provoca.

ello hay que añadir las prestaciones sociales que ofrece el Estado en caso de accidentes, enfermedad, invalidez, desempleo, etc., que implican que la familia no desempeñe esta función al menos de manera obligada. Y también se ha de sumar el alto número de parejas que constituye una familia a partir de una unión de hecho y al margen del matrimonio, cuya ruptura está exenta de cualquier impedimento. Todos estos elementos van a influir en la nueva concepción de matrimonio como una unión libre de personas independientes <sup>71</sup>, que pretenden mantener la convivencia mientras ésta les aporte una vía de realización y felicidad personal. Desde esta perspectiva, se entiende que no se pueden imponer trabas legales a la disolución del vínculo en caso de crisis sino más bien al contrario, se debe facilitar la extinción del matrimonio cuando uno o ambos cónyuges decidan ponerle fin. El resultado es la ley de 4 de julio de 1973, en vigor desde el 1 de enero de 1974, que consagra un derecho al divorcio ejercitable por cualquiera de los cónyuges, sin necesidad de alegar ninguna causa. Asistimos pues a una regulación del divorcio que prescinde no sólo del elemento culpa sino de cualquier otro requisito que implique una intromisión en la vida privada del matrimonio. La norma permite el divorcio a petición de un solo cónyuge con el único presupuesto del transcurso de un período de reflexión de seis meses. Período que se suprime cuando los cónyuges han vivido separados durante al menos dos años. En el supuesto de que ambos cónyuges soliciten el divorcio de mutuo consentimiento, no es requerido ningún otro requisito <sup>72</sup>.

También es posible percibir una cierta evolución, si bien muy ralentizada, en el caso de Alemania, donde el Código Civil consagraba un divorcio basado en la culpa, cuyas únicas causas se traducían en graves infracciones cometidas por un cónyuge frente al otro, a salvo el supuesto de enfermedad mental (§ 1565 a 1569 BGB). En las distintas leyes sobre matrimonio que se van sucediendo a lo largo del siglo xx se sigue manteniendo este tipo de divorcio, al cual se le añade el divorcio basado en la irreparable ruptura del matrimonio al permitir la disolución

<sup>71</sup> Como afirmó el Ministro de Justicia de aquel país, H. Kling, el matrimonio es «la asociación voluntaria de dos personas independientes» (MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille, le Droit*, L.G.D.J., París, 1999, p. 49).

<sup>72</sup> Sólo en el supuesto de que existan hijos menores a cargo de uno o ambos cónyuges, se prescribe un período de reflexión de seis meses, a excepción de que estuviesen ya separados (DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., pp. 251-252). El divorcio a petición de un cónyuge es también aprobado en Finlandia en 1987, exigiéndose asimismo un período de reflexión (ANTOKOLSKAIA, «The search for a common core of divorce law: state intervention v. spouses' autonomy», cit., p. 52).

cuando el cese de la convivencia haya durado al menos tres años y la profunda e irremediable desunión de los cónyuges haga inviable el reestablecimiento de la vida en común (art. 55 de la Ley de 6 de julio de 1938), lo que se mantiene en las sucesivas leyes de 1946 y 1961. Se ha de destacar, no obstante, que en este último supuesto el cónyuge podía oponerse a la demanda, una oposición que se va intensificando en la práctica judicial, hasta hacer prácticamente impracticable esta vía de obtención del divorcio. Así las cosas, habrá que esperar a la reforma de 1976 para que la irreparable quiebra del matrimonio se asiente como la única causa de divorcio en el Código Civil, absolutamente desligada de todo comportamiento culpable (art. 1565 BGB). En caso de que los cónyuges estén de acuerdo en divorciarse, basta con que no hayan convivido durante un año para que la quiebra se presuma (1566.1 BGB). Si la separación de hecho ha durado al menos tres años, por sí misma constituye una irrefutable prueba del fracaso de la unión matrimonial (art. 1566.2 BGB). Como bien puede observarse, el modelo germánico resultante de la reforma supone el reconocimiento de un modelo mixto de divorcio que podría calificarse tanto de divorcio-quiebra, con los indicados períodos de separación entre cónyuges confirmatorios de tal circunstancia, como de divorcio consensual, en cuyo caso la voluntad de uno o ambos cónyuges queda supeditada al necesario transcurso de un determinado período de tiempo <sup>73</sup>.

Lo cierto es que no será hasta el último tercio del siglo xx cuando el divorcio basado en la irreparable ruptura de la vida matrimonial quede definitivamente consagrado en Europa y se abandone por tanto el antiguo concepto de divorcio sancionatorio. Un proceso que es consecuencia de las transformaciones sociales y de la evolución del pensamiento dominante hacia cotas más altas de libertad. Asistimos a una importante mutación en la concepción de la familia y del matrimonio, que sin duda va a influir en el modelo de divorcio adoptado por los distintos ordenamientos jurídicos. Ya a partir de los años 60 el tradicional modelo familiar empieza a quebrarse por la concurrencia de una serie de factores, entre ellos la liberación sexual de la mujer, la fuerza creciente del feminismo y la reaparición del individualismo como modelo de conducta, lo que unido a la aplicación de la libertad en las distintas Constituciones europeas, va a provocar la revisión y sustitución de los conceptos

---

<sup>73</sup> Sobre el tema, MÜLLER-FREIENFELS, «The Marriage Law reform of 1976 in the Federal Republic of Germany», *International and Comparative Law Quarterly*, 1979, pp. 184 ss.

tradicionales aplicables al matrimonio. Una realidad que, como decimos, se refleja en la regulación del divorcio, produciéndose el abandono definitivo del modelo de divorcio-sanción y la consagración del tipo de divorcio basado en la irreparable quiebra de la vida conyugal. Como afirma Antokolskaia <sup>74</sup>, el problema con el divorcio basado exclusivamente en la culpa se manifestaba fundamentalmente en los supuestos de divorcio litigioso. En primer lugar, el humillante procedimiento acusatorio acrecentaba la aversión entre los cónyuges y provocaba que su vida íntima fuera objeto de público escrutinio. En segundo lugar, al cónyuge «culpable» se le impedía, al menos en teoría, obtener el divorcio si su cónyuge se oponía. Tales inconvenientes van haciéndose cada vez menos tolerables a medida que se implantan los conceptos de libertad individual y de felicidad personal en el ambiente socio-político de los años 60 y 70. El poder disolver un matrimonio desgraciado se concibe así como el lógico ejercicio de un derecho correspondiente a todo ciudadano, que no puede ser impedido en aras de un cada vez menos comprensible orden público familiar.

El modelo inglés supone un claro ejemplo de lo expuesto. Asumido como causa de divorcio el fracaso del matrimonio, la cuestión que se plantea es la del papel que debe jugar el Estado: de modo que el juez se limite a constatar la efectiva quiebra a partir de la declaración de los cónyuges en este sentido, o sea necesario un elemento de prueba para confirmar el definitivo fracaso de la convivencia matrimonial. La ley de reforma del divorcio de 1969 consagra un compromiso entre ambas posturas: se prescinde de un procedimiento inquisitorial pero se exige la acreditación de una serie de circunstancias que confirmen la irreparable quiebra <sup>75</sup>. De este modo, la única causa de divorcio es la ruptura irremediable de la unión conyugal, situación que se presume cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: adulterio del demandado que haga la vida insoportable al demandante; conducta del cónyuge demandado que no permita razonablemente exigir al demandante el mantenimiento de la vida en común; abandono durante un periodo de al menos dos años; vida separada de los cónyuges durante un período similar, siempre que ambos esposos consientan el divorcio –lo que en realidad implica el

<sup>74</sup> «The search for a common core of divorce law: state intervention v. spouses' autonomy», cit., p. 48.

<sup>75</sup> A la Divorce Reform Act, 1969, se le ha de añadir la Matrimonial Proceedings and Property Act, 1970. En 1973 la Matrimonial Causes Act no hace sino reagrupar las disposiciones contenidas en las dos leyes anteriores (DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., p. 189).

reconocimiento en este ordenamiento de un divorcio consensual—; y vida separada de los cónyuges durante un período de al menos cinco años <sup>76</sup>.

Del mismo modo, en los Países Bajos, la Ley de 6 de mayo de 1971 implica la consagración definitiva del divorcio basado en la quiebra del matrimonio, a la vez que se acoge el concepto de divorcio por voluntad de los cónyuges. Con la nueva normativa se suprimen todas las causas de divorcio anteriores basadas en el comportamiento culpable de uno de los cónyuges, que son sustituidas por una causa genérica e indeterminada: la quiebra duradera del matrimonio (art. 151 CC). Junto a ella, se regula la posibilidad de que los cónyuges soliciten el divorcio de mutuo acuerdo (arts. 150 y 154 CC). En ambos casos, para la solicitud será necesario que haya transcurrido un año desde la celebración del matrimonio <sup>77</sup>.

Por último, es también relevante el caso de aquellos ordenamientos que establecen el divorcio por primera vez, como Italia (Ley de 1 de diciembre de 1970) <sup>78</sup>, o bien, tras un largo período de tiempo sin él, como España (Ley de 7 de julio de 1981) <sup>79</sup> o, como

<sup>76</sup> CRETNEY, «L'évolution du Droit anglais en matière de mariage et de divorce», *Mariage et famille en question (L'évolution contemporaine du Droit anglais)*, CNRS, Lyon, 1979, pp. 19 y ss.

<sup>77</sup> NERSON-SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Mariage et famille en question, (L'évolution contemporaine en Suisse, en Autriche, en Belgique, aux Pays-Bas et dans la région Scandinave)*, CNRS, Lyon, 1979, pp. 135 ss.

<sup>78</sup> En Italia, el Código Civil de 1942, en línea con su predecesor de 1865 confirma la indisolubilidad del matrimonio civil, y mantiene la aplicación del Concordato celebrado en 1929 con la Iglesia Católica, en función del cual los matrimonios católicos serán regulados por las disposiciones del Derecho canónico (DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., pp. 110 y 154).

<sup>79</sup> Con la reforma del Código Civil de 1981, además de reintroducir el divorcio en nuestro ordenamiento jurídico tras cuarenta y dos años de ausencia, se produce una mutación conceptual de enorme trascendencia que radica, como se ha indicado, en sustituir un divorcio basado en causas subjetivas o culpables por otro sustentado en causas objetivas que ponen de manifiesto la quiebra definitiva de la convivencia. Conforme a la Ley de 7 de julio de 1981, el eje del sistema lo constituye la idea de «quiebra del matrimonio» que, como apunta MONTÉS PENADÉS, se manifiesta, a modo de presunciones *iuris tantum*, en el cese de la convivencia conyugal durante determinados períodos de tiempo, que son computados a partir de un proceso previo de separación; en la separación de hecho; a partir de ciertas circunstancias de carácter personal; o en determinados actos que ponen de manifiesto la intención de no proseguir o la extrema dificultad de la convivencia (*Derecho de Familia*, cit., p. 133). Pero lo cierto es que el sistema divorcista instaurado en 1981 lejos de ser accesible, impone a los cónyuges largos períodos de espera, cuando no se opta por imputar a uno de ellos conductas que, al margen de que constituyan comportamientos más que reprochables desde el punto de vista moral o ético y en ocasiones legal, supone un quebrantamiento del derecho de intimidad del matrimonio y en particular del cónyuge demandado (antiguos arts. 82 y 86 CC), a lo que se ha de sumar en muchos casos la dificultad de la prueba del comportamiento alegado. Quizá por este motivo, los tribunales han venido reconociendo como causa de separación y divorcio la pérdida de la  *affectio maritalis*, considerando por tal el necesario afecto que han de profesarse los cónyuges unido a su deseo de mantener la convivencia. Una cuestión que en los casos de separación y divorcio por mutuo consen-

se ha dicho, Portugal para los matrimonios católicos (Decreto-ley núm. 261/75, de 27 de mayo de 1975, por el que se deroga el art. 1790 CC). La característica común a todos ellos es la implantación del divorcio basado en la irreparable quiebra del matrimonio, concepto al que se accede a partir de determinadas causas tanto subjetivas o culpables como objetivas. También admiten el divorcio solicitado por los cónyuges de mutuo consentimiento, pero supeditado al transcurso de largos periodos de previa separación. En definitiva, consagran un divorcio de no fácil obtención, donde la libertad personal de los cónyuges queda sometida a importantes limitaciones, pero muy lejos ya del primitivo concepto de divorcio-sanción que ha quedado definitivamente superado.

### 3.4 La problemática del divorcio en las legislaciones europeas contemporáneas

Tras este recorrido en la evolución del concepto de divorcio, podemos constatar como también en la actualidad coexisten en Europa distintos sistemas reguladores del mismo. En efecto, si nos detenemos en las legislaciones europeas contemporáneas, comprobamos que se ha mantenido la heterogeneidad característica de los momentos iniciales en los que el divorcio se fue implantando en los distintos países europeos y que ha continuado durante el transcurso del siglo xx. En los ordenamientos jurídicos de la Europa actual se aborda la problemática del divorcio de manera muy diferente <sup>80</sup>, y así, mientras en países como Suecia o Finlandia los cónyuges pueden divorciarse sin necesidad de alegar ninguna causa, en otros como Holanda o Inglaterra se han de probar deter-

---

timiento no ha planteado problemas y que, sin embargo, tratándose de procedimientos contenciosos, ha sido admitida de manera heterogénea por las distintas Audiencias Provinciales. Sobre este tema, *vid.* ARCOS VIEIRA, quien realiza un detallado estudio sobre la aplicación de este criterio por la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales (*La desaparición de la affectio maritalis como causa de separación y divorcio*, Aranzadi, 2000). Sobre las causas de divorcio en la Ley de 1981, *vid.* ALONSO PÉREZ, en *Matrimonio y divorcio, comentarios al Título IV, del Libro Primero del Código Civil*, coord. por LACRUZ, Civitas, Madrid, 1994, pp. 881 ss.; MONTÉS PENADÉS, en *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 336 ss. Y en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, pp. 499 ss.; LACRUZ BERDEJO y otros, *El nuevo régimen de la familia*, t. I, *Matrimonio y divorcio*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 219 ss.; PUIG FERRIOL, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, cit., pp. 450 ss.

<sup>80</sup> MEULDERS-KLEIN distingue entre aquellos países con un sistema plural o mixto, entendiendo por tal aquél que reconoce distintos tipos de divorcio a partir de una pluralidad de causas, y los ordenamientos denominados unicistas, donde la sola causa de divorcio es la quiebra de la vida matrimonial (*La personne, la famille, le Droit*, cit., pp. 58 y ss.).

minados hechos que confirmen la definitiva ruptura de la convivencia matrimonial <sup>81</sup>.

Partiendo de esta diversidad, podemos distinguir, en primer lugar, aquellos ordenamientos que aún contemplan la conducta culpable de un cónyuge como causa de divorcio. Se mantiene el elemento culpa, que aunque ya no se identifica con el superado concepto de divorcio-sanción, conlleva un cierto matiz sancionatorio del comportamiento de los esposos. Todos estos países tienen como característica común la implantación de un sistema plural o mixto, donde coexisten distintos tipos de divorcio atendiendo a causas tanto objetivas, como subjetivas, y así, junto al divorcio por culpa, podemos encontrar el divorcio basado en la quiebra de la vida en común o el divorcio por mutuo consentimiento.

Es el caso de Francia <sup>82</sup> donde, como ha quedado dicho, después de la Ley de 1975 se implanta un sistema en el que textualmente se reconocen tres tipos de divorcio (por consentimiento mutuo, por aceptación del principio de ruptura del matrimonio y por el comportamiento culposo de uno de los cónyuges), pero conceptualmente se consagran dos tipologías muy concretas: el divorcio a petición de ambos cónyuges y el divorcio basado en la irreparable quiebra del matrimonio, constatable esta última a partir de hechos subjetivos (comportamiento culpable del otro cónyuge) u objetivos (transcurso del tiempo).

<sup>81</sup> Sobre el Derecho europeo contemporáneo, *vid.* BOELE-WOELKI, K. y otros, *Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance between former spouses*, Intersentia, Oxford, 2004; HAMILTON-PERRY, *Family Law in Europe*, Butterworths, 2002.

<sup>82</sup> Tras la reforma producida por la Ley núm. 2004-439, de 26 de mayo de 2004, el Código Civil francés contempla en sus artículos 229 y siguientes tres distintos tipos de divorcio: 1. Divorcio por mutuo consentimiento. 2. Divorcio por quiebra de la vida en común. 3. Divorcio por culpa (art. 229 CC). El divorcio puede ser solicitado conjuntamente por ambos cónyuges cuando estén de acuerdo sobre la ruptura del matrimonio y sus efectos, quienes han de presentar al juez un convenio regulador de las consecuencias del divorcio (art. 230 CC). Asimismo, el divorcio puede ser demandado por uno de los cónyuges o por ambos cuando los dos acepten el principio de la ruptura del matrimonio sin consideración a los hechos que lo han motivado (art. 233 CC). También el divorcio puede ser pedido por uno de los esposos cuando el vínculo conyugal esté definitivamente roto (art. 237 CC). La ruptura definitiva del vínculo conyugal deriva del cese de la comunidad de vida entre esposos cuando hayan vivido separados durante los dos años anteriores a la demanda de divorcio (art. 238 CC). Por último, se contempla también un divorcio por culpa que puede ser solicitado por uno de los cónyuges cuando el otro haya violado de manera grave o reiterada los deberes y obligaciones del matrimonio de modo que resulte intolerable la vida en común (art. 242 CC). Sobre el tema, CARBONNIER, *Droit Civil*, t. 2, *La famille, l'enfant, le couple*, 21 ed., Thémis Paris, 2002; RUBELLIN-DEVICHI, AA.VV., *Droit de la famille*, Paris, 2001, pp. 187 y ss.; TERRÉ-FENOUILLET, *Droit Civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, 6.ª ed., Dalloz, 1996, pp. 394 ss.

Un supuesto muy parecido lo constituye la regulación del divorcio en Bélgica y en Luxemburgo. En Bélgica <sup>83</sup>, tras la Ley de 28 de octubre de 1974, modificada por la Ley de 16 de abril de 2000, existen legalmente tres vías para acceder al divorcio: por incumplimiento de los deberes conyugales, después de una separación de hecho de más de dos años y por acuerdo de ambos cónyuges. Así también en Luxemburgo <sup>84</sup> tras la reforma de 5 de diciembre de 1978, donde se contempla el divorcio por comportamiento culposo, por separación de hecho de más de tres o de cinco años y por consentimiento mutuo. Como se ve, en ambos casos se concede un cierto margen de libertad a los cónyuges para poder solicitar el divorcio, si bien los dos tienen que estar de acuerdo y han de haber transcurrido al menos dos años desde la celebración del matrimonio. Junto a este tipo de divorcio, a semejanza del modelo francés, se consagra el divorcio basado en la irreparable quiebra de la vida conyugal, que sólo será apreciada por los tribunales cuando se acredite la concurrencia de ciertos

<sup>83</sup> El Código Civil belga establece que el cónyuge puede solicitar el divorcio por adulterio del otro (art. 229 CC), o por excesos, malos tratos o injurias graves cometidos por uno de los esposos frente al otro (art. 231 CC). Asimismo, en el artículo 232 CC se establece que ambos cónyuges pueden pedir el divorcio por causa de separación de hecho de más de dos años, siempre que la admisión del divorcio sobre la base de la desunión de los esposos no agrave de manera notable la situación material de los hijos menores de edad. Asimismo puede ser también solicitado cuando la separación aludida sea debida al estado de demencia o de desequilibrio mental grave de uno de los cónyuges, siempre que, como en el caso anterior, la concesión del divorcio no agrave de manera notable la situación material de los hijos menores de edad biológicos o adoptados. Se ha de destacar que el fallo de la *Cour d'arbitrage* de 12 de mayo de 2004 ha declarado que «L'article 232 du Code Civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution en tant qu'il subordonne l'admission d'un divorce pour cause de séparation de fait de plus de deux ans à la condition que "l'admission du divorce sur cette base n'aggrave pas de manière notable la situation matérielle des enfants mineurs, issus du mariage des époux ou adoptés par eux"». En tercer lugar, los cónyuges pueden también solicitar el divorcio por mutuo consentimiento, una vez probado de manera suficiente que la vida en común les resulta insostenible (art. 233 CC). En este último caso, se exige un plazo de dos años desde la celebración del matrimonio (art. 276 CC) y se denegará el divorcio si uno de los esposos es menor de veinte años (art. 275 CC).

<sup>84</sup> El Código Civil de Luxemburgo contempla unas causas de divorcio similares a su homólogo belga, con algunas diferencias en cuanto a plazos o requisitos legales. Así, el art. 229 dispone que se podrá solicitar el divorcio por excesos, malos tratos o injurias graves de un cónyuge hacia el otro, cuando estos hechos constituyan una violación grave o reiterada de los deberes y obligaciones matrimoniales y hagan intolerable el mantenimiento de la vida conyugal. Asimismo, el cónyuge podrá pedir el divorcio alegando una separación de hecho continuada de al menos tres años de duración cuando la desunión de los esposos sea irremediable (art. 230 CC) o de más de cinco años cuando se alegue el estado de enajenación mental incurable del otro cónyuge (art. 231 CC). Tanto en el primero de los supuestos como en el segundo, el juez podrá rechazar la demanda cuando conste que el divorcio ha de provocar al demandado o a los hijos menores consecuencias materiales o morales de una excepcional dureza (art. 232 CC). En el caso de divorcio por mutuo consentimiento, ninguno de los cónyuges debe ser menor de veintitrés años y al igual que en el Derecho belga, se exige una duración del matrimonio de al menos dos años (art. 275 CC).



hechos objetivos o la violación grave de los deberes conyugales por el cónyuge demandado.

Es igualmente el caso de Italia <sup>85</sup>, Dinamarca <sup>86</sup> y Noruega <sup>87</sup>, donde las causas culpables de divorcio ocupan un lugar cada

<sup>85</sup> En Italia, la Ley de 1 de diciembre de 1970 es modificada por la Ley 6 de marzo de 1987. Se establece como causa principal de divorcio la quiebra de la comunidad espiritual y material entre cónyuges que puede ser confirmada por el juez a partir de la existencia de alguna de las causas que constan en el artículo 3 de la ley: 1. Condena de privación de libertad por determinados delitos graves establecidos en la ley. 2. Tres años de separación legal o de hecho. 3. Cuando el matrimonio no haya sido consumado. 4. Cuando el cónyuge extranjero haya anulado el matrimonio o haya celebrado un nuevo matrimonio en el extranjero. 5. Transexualidad del otro cónyuge. La verificación por el juez de la concurrencia de alguna de las causas mencionadas es necesaria incluso en los supuestos de solicitud conjunta del divorcio, de hecho el consenso de los cónyuges no es suficiente para obtener el divorcio, por lo que no se puede hablar de la existencia en este ordenamiento de un divorcio estrictamente consensual. *Vid. RESCIGNO, «L'esperienza italiana: evoluzione recente», Révision du droit du divorce: Expériences étrangères récentes, Colloque de Lausanne de 12 de octubre de 1987, Zürich, 1988, pp. 53 ss. Más reciente, FORTINO, M., Diritto di Famiglia, cit., pp. 289 ss.*

<sup>86</sup> En materia de divorcio existe una nueva ley en Dinamarca, el texto refundido (LBK) nr 38 de 15 de enero de 2007 sobre celebración y disolución del matrimonio. Esta ley refunde leyes anteriores en materia matrimonial (núm. 147 de 9 marzo de 1999 con las modificaciones introducidas por el § 3 de la ley núm. 461 de 7 de junio de 2001, § 2 de la ley núm. 365 de 6 junio de 2002, § 4 de la ley núm. 387 de 28 de mayo de 2003, § 1 de la ley núm. 446 de 9 de junio de 2004, § 2 de la ley núm. 324 de 18 de mayo de 2005, § 2 de la ley núm. 525 de 24 de junio de 2005, § 29 de la ley núm. 542 de 24 de junio de 2005, § 2 de la ley núm. 301 de 19 de abril de 2006, § 14 de la ley núm. 434 de 8 de mayo de 2006, § 3 de la ley núm. 483 de 7 de junio de 2006 y el § 13 de la ley núm. 484 de 7 de junio de 2006). En líneas generales esta nueva ley no contiene modificaciones significativas en materia de divorcio respecto a leyes anteriores, como la ley núm. 256 de 14 junio de 1969.

Las causas de divorcio se encuentran enumeradas en el capítulo 4 de la ley, en los artículos 31-36. Dichas causas son: 1. El transcurso de un año desde la separación legal (art. 31.1). 2. El transcurso de seis meses desde la separación legal si el divorcio es de mutuo acuerdo (art. 31.2). 3. El cese de la convivencia conyugal durante los últimos dos años (art. 32). 4. La infidelidad conyugal no consentida (art. 33.1). Si la infidelidad se produjo cuando los cónyuges ya estaban separados, no podrá alegarse como causa de divorcio (art. 33.2). La petición de divorcio habrá de solicitarse antes del transcurso de seis meses desde que el cónyuge que desee alegar esta circunstancia como causa de divorcio tuvo conocimiento de la infidelidad y en cualquier caso, antes de dos años desde que la infidelidad se produjo (art. 33.3). 5. El empleo de violencia para con el otro cónyuge o los hijos (art. 34). La petición de divorcio habrá de solicitarse antes del transcurso de un año desde que el cónyuge que desee alegar esta circunstancia como causa de divorcio tuvo conocimiento del acto violento y en cualquier caso, antes de transcurridos tres años desde que se produjo (art. 34.2). 6. Bigamia (art. 35). 7. Secuestro internacional de menores: Se podrá solicitar el divorcio cuando el otro cónyuge haya sustraído de manera ilícita a un hijo del solicitante fuera de Dinamarca o tenga retenido a éste ilícitamente en el extranjero (art. 36.1). La petición habrá de realizarse mientras que el menor está retenido en el extranjero o en su caso, antes de que transcurra un año desde la devolución del menor (art. 36.2).

<sup>87</sup> La normativa sobre el divorcio en Noruega se encuentra en la Marriage Act de 4 de julio de 1991, núm. 47, entrada en vigor el 1 de enero de 1993. El divorcio puede ser solicitado: 1. Pasado un año tras la obtención de la sentencia de separación (secc. 21, cap. 4). 2. Tras dos años de separación de hecho (secc. 22, cap. 4). 3. En caso de intento de homicidio de un cónyuge o de los hijos o en grave maltrato (secc. 23, cap. 4). 4. Cuando el matrimonio haya sido contraído incumpliendo los impedimentos de parentesco y de vínculo (secc. 24, cap. 4).

vez más reducido; así como Austria <sup>88</sup> y Portugal <sup>89</sup> donde, por el contrario, la adhesión al sistema culpabilista aparece más acentuada.

En segundo lugar, nos encontramos con aquellos países donde se consagra la quiebra irrefutable de la vida conyugal como causa única de divorcio. En éstos se concibe el matrimonio como una comunidad de sentimientos y de vida, y se constata la inutilidad de querer mantener oficialmente un matrimonio extinto en el plano personal o afectivo en detrimento de una potencial nueva unión y, en todo caso, de la libertad individual. Se concibe por tanto como una única causa de divorcio el fracaso del matrimonio, sin atender al motivo que lo ha originado o a una posible oposición del otro cónyuge.

Es el caso de Holanda <sup>90</sup>, donde la única causa de divorcio es el deterioro definitivo de la relación matrimonial,

---

<sup>88</sup> En Austria, la Ley de Matrimonio de 1978, reformada en 1999 (Eherechtsänderungsgesetz), distingue entre: divorcio por mutuo consentimiento, divorcio por comportamiento culposo de uno de los cónyuges, y divorcio por otras razones. En cuanto al primero, divorcio por mutuo consentimiento, han de cumplirse cuatro requisitos: la solicitud conjunta de divorcio, la irremediable ruptura del matrimonio, una separación previa de cómo mínimo seis meses y un acuerdo sobre los efectos del divorcio (custodia y mantenimiento de los hijos, derecho de visitas, reparto de los bienes comunes, mantenimiento entre cónyuges). El divorcio por culpa está basado en la grave conducta de uno de los cónyuges como adulterio, violencia, graves daños morales y demás incumplimientos de los deberes entre cónyuges. La demanda de divorcio ha de presentarse en un plazo de seis meses desde el conocimiento de la conducta y en todo caso en un periodo de diez años. También se admite el divorcio por otras razones: la irremediable ruptura del matrimonio tras una separación de al menos tres años o debida a los trastornos mentales del cónyuge; la demencia o locura o la enfermedad contagiosa del otro cónyuge. En estos últimos tres supuestos, si el divorcio le causase un serio perjuicio al demandado sólo será concedido tras seis años de separación.

<sup>89</sup> El Código Civil portugués distingue entre un divorcio consensual y un divorcio litigioso. Los cónyuges pueden solicitar el divorcio por mutuo consentimiento sin alegar causa alguna presentando un acuerdo para regular las consecuencias del divorcio (ejercicio de la patria potestad sobre los hijos, atribución de la vivienda conyugal, prestación de alimentos) (art. 1775 CC). El juez tratará de que se produzca una reconciliación entre ellos tras un periodo de reflexión, y si ésta no es posible y los esposos continúan deseando el divorcio, éste será decretado. Además, cualquiera de los cónyuges puede solicitar el divorcio alegando alguna de las siguientes causas: 1. Violación culposa de los deberes conyugales (art. 1779 CC). 2. Ruptura de la vida en común. Se constatará esta causa a partir de los hechos siguientes: separación de hecho durante al menos tres años; separación de hecho de un año si el divorcio es solicitado por un cónyuge sin la oposición del otro; alteración de las facultades mentales del otro cónyuge durante tres años, cuando por su gravedad compromete las posibilidades de vida en común; ausencia del cónyuge durante un período superior a los dos años (art. 1781 CC redactado por la Ley núm. 47/98, de 10 de agosto).

<sup>90</sup> Desde la entrada en vigor de la Ley de 6 de mayo de 1971, el 1 de octubre del mismo año, la única causa de divorcio es, como ha quedado dicho, la ruptura definitiva del matrimonio (art. 151 Código Civil holandés). Ésta se presume ante una demanda conjunta de ambos cónyuges (art. 154 CC.). En caso de petición unilateral, el cónyuge sólo ha de alegar que efectivamente el matrimonio está definitivamente roto, lo que habrá de ser probado ante la oposición del otro cónyuge.

Suiza <sup>91</sup> (antes y después de la reforma de 26 de junio de 1998) o Alemania <sup>92</sup>.

También podríamos incluir en este grupo, si bien con ciertas reservas por las peculiares características de su sistema divorcista, a países como Grecia <sup>93</sup> o Inglaterra <sup>94</sup>, pues aunque la

<sup>91</sup> Las normas relativas al divorcio contenidas en el Código Civil suizo (arts. 111 ss.) han sido reformadas por la Ley de 26 de junio de 1988. Se han derogado las causas de divorcio basadas en la culpa y se han establecido como causas de divorcio: 1. La solicitud conjunta de ambos cónyuges, que deberá ser ratificada tras un período de reflexión de dos meses (art. 111 CC). 2. Solicitud por uno de los cónyuges tras dos años de vida separada (art. 114 CC, modificado por la Ley de 19 de diciembre de 2003) y 3. solicitud del divorcio antes del transcurso de estos dos años si, debido a condiciones no atribuibles al demandante, no es admisible que el cónyuge solicitante deba continuar casado (art. 115 CC, modificado por la mencionada Ley de 2003).

<sup>92</sup> Como ya se ha indicado, en 1977 se elimina en Alemania la culpa como causa de divorcio y es reemplazada por la causa general de ruptura del matrimonio. La ruptura es asumida cuando una vez finalizada la convivencia matrimonial, no hay expectativas de reconciliación (§ 1565.1 BGB). Se presume en caso de que los cónyuges hayan vivido separados durante al menos un año y ambos soliciten el divorcio o el cónyuge demandado lo consienta, pero si han vivido separados durante tres años no se exige el consentimiento de ambos (§ 1566 BGB). Como excepción, se permite obtener el divorcio tras un año de separación, a petición de uno de los cónyuges, cuando no resulte razonable obligar al demandante a permanecer en el matrimonio y las causas alegadas estén conectadas con el comportamiento personal del demandado (§ 1565.2 BGB). Se ha de destacar que se puede denegar el divorcio cuando la subsistencia del matrimonio resulte excepcionalmente necesaria por razones de especial interés para los hijos menores de edad o cuando el divorcio pueda suponer una excesiva carga económica al cónyuge opositor (§ 1568 BGB). Vid. MÜLLER-FREIENFELS, «The marriage law reform in the Federal Republic of Germany», *International and Comparative Law Quarterly*, 1979, 28 (2), pp. 184 ss.; APARICIO HACKETT, «El divorcio en Alemania», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 8, julio de 2000, pp. 290 ss.

<sup>93</sup> En Grecia, las normas de divorcio fueron revisadas a partir de la reforma del Derecho de familia de 1983 (Ley núm. 1329 de 15/18 d febrero de 1983). Se establece un divorcio por mutuo consentimiento y un divorcio no consensual o litigioso. En contraste con la ya superada concepción del divorcio como una sanción al comportamiento del cónyuge culpable, actualmente es considerado como un remedio disponible para ambos cónyuges cuando el matrimonio está irremediable y definitivamente roto. Si los cónyuges están de acuerdo en divorciarse deben presentar una demanda conjunta en cuyo caso se requiere que hayan estado casados durante al menos un año antes de presentar la demanda. Tras una comparecencia inicial, los cónyuges deberán volver al tribunal transcurridos seis meses para confirmar su petición. Este periodo de seis meses es considerado como un periodo de reflexión (art. 1441 CC). En el divorcio no consensual la causa de la irremediable ruptura del matrimonio puede ser probada alegando el comportamiento del demandado o de ambos esposos. Los hechos no necesariamente han de basarse en la culpa, si bien, en todo caso, existen cuatro supuestos imputables al demandado culpable que actúan como presunción de ruptura irremediable: bigamia, adulterio, abandono y atentado contra la vida del cónyuge (art. 1439, 2.º CC). También se presume la ruptura del matrimonio tras cuatro años de separación (art. 1439, 3.º CC). Por último, en caso de declaración legal de ausencia, el cónyuge tiene derecho a solicitar el divorcio (art. 1440 CC). Vid. DELIYANNIS, J., «Les grandes lignes de la réforme du droit de la famille hellénique», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1986, vol. 38, núm. 3.

<sup>94</sup> En Inglaterra y Gales la legislación del divorcio se encuentra en la Ley del divorcio (Matrimonial Causes Act) de 1979. También se ha de tener en cuenta la Family Law Act de 1996, que se ha de completar con la Divorce (Religious Marriages) Act de 2000. La única causa de divorcio es la irremediable ruptura del matrimonio, pero el tribunal sólo considerará su concurrencia cuando los cónyuges prueben alguno de los siguientes hechos: 1. Adulterio; el demandado ha cometido adulterio y el demandante

única causa de divorcio en estos ordenamientos es la irremediable o definitiva ruptura del matrimonio, el tribunal sólo considerará la concurrencia de tal circunstancia cuando los cónyuges prueben alguno de los siguientes hechos: ciertas conductas reprochables del otro cónyuge o periodos de separación más o menos largos.

Como bien puede observarse, los sistemas que contemplan como causa de divorcio la definitiva ruptura de la vida conyugal arrastran el problema de la prueba del fracaso del matrimonio, que es sin duda más compleja que la mera acreditación de la actuación o comportamiento culpable de un cónyuge en el viejo sistema de divorcio sancionatorio. Los países europeos que admiten el divorcio-quebra exigen, al menos teóricamente, elementos de prueba tanto objetivos como subjetivos, que son más o menos estrictos según sean ambos cónyuges quienes deseen el divorcio o sólo uno de ellos con la oposición del otro.

En lo que se refiere al divorcio por mutuo consentimiento, prácticamente todos los países europeos admiten que los cónyuges de común acuerdo soliciten el divorcio, supeditado, en la mayoría de los casos, a unos plazos que pueden variar según los distintos ordenamientos: dos meses a modo de periodo de reflexión en Suiza o tres en Francia y Portugal; seis meses en Austria y Dinamarca; un año en Alemania, Grecia y Noruega; dos años en Inglaterra y Gales, Bélgica y Luxemburgo; tres años en Italia y hasta cuatro años en Irlanda<sup>95</sup>. Cuando uno de los esposos se niega, en aquellos países en los que se permite solicitar unilateralmente el divorcio alegando una previa separación de hecho, los periodos temporales son aún más extensos: dos años en Francia, Suecia y Suiza; tres años en Alemania y Portugal; cuatro años en Grecia; tres o cinco años en Luxemburgo; tres o seis años en Austria; cinco años en Inglaterra y Gales.

Por último, estarían aquellos países en los que es suficiente la simple voluntad de uno o de ambos esposos para obtener el divorcio sin necesidad de acreditar ninguna otra causa, sumado a un periodo de reflexión que puede ser suprimido en función de las circunstancias. Este sistema de divorcio sin causa es

---

considera intolerable la convivencia. 2. Conducta irracional e inaceptable del demandado. 3. Abandono de dos años por parte del demandado. 4. Separación de hecho dos años y consentimiento de ambos para el divorcio. 5. Cinco años de separación de hecho. Además, se ha de destacar que la demanda de divorcio no se podrá interponer hasta transcurrido un año a partir de la celebración del matrimonio. Sobre la reforma originaria, vid. HOGGETT, B., «The British experience», *Révision du droit du divorce...*, cit., pp. 19 ss. Más reciente, APARICIO HACKETT, «El divorcio en Gran Bretaña», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 2, enero de 1999, pp. 245 ss.; STANDLEY, *Family Law*, 3.<sup>a</sup> ed., Palgrave, 2001, pp. 130 ss.

<sup>95</sup> Irish Family Law (Divorce) Act 1996.

propio de Suecia <sup>96</sup> y Finlandia <sup>97</sup>, y desde 2005 también de España.

De todo lo expuesto se deduce que, si bien la regulación del divorcio en Europa carece de la deseable homogeneidad –lo que se pone de manifiesto en las distintas causas de divorcio, los diferentes plazos exigidos para la interposición de la demanda o la mayor o menor relevancia que se concede a la autonomía de la voluntad de los cónyuges–, existen dos hechos concretos que se han ido imponiendo de manera generalizada. En primer lugar, la introducción de manera progresiva de una única causa de disolución del matrimonio que tiende a ocupar por sí sola la heterogeneidad de supuestos en los que tradicionalmente se fundamentaba la demanda; nos referimos al irremediable fracaso del matrimonio, lo que en última instancia significa otorgar un amplio margen a la libertad para divorciarse, ya sea de común acuerdo, ya de forma unilateral, y que sustituye a los sistemas anteriores en los que el matrimonio no podía ser disuelto salvo en casos excepcionales, generalmente culpables, por la demanda del cónyuge inocente. Y en segundo lugar, se constata una presencia cada vez mayor del divorcio sin causa, como máximo exponente de la autonomía personal, que parte de una concepción del matrimonio muy distinta de la tradicional, en la que los cónyuges no admiten más regulación de su vida afectiva que sus propios sentimientos y su propia voluntad. Una tendencia que no sólo se ha manifestado ya en algunos países como Suecia o Finlandia, sino que se presenta como el siguiente paso a seguir en el sistema evolutivo del divorcio en muchos de los ordenamientos estudiados.

---

<sup>96</sup> En Suecia, las normas reguladoras del divorcio se hallan en el Marriage Code de 1987, si bien cómo ha quedado dicho, las causas de divorcio fueron formuladas en 1973. De este modo, ya se ha indicado como el matrimonio es considerado como la unión voluntaria de dos personas independientes, por lo que la legislación permite que quien no desee estar casado pueda poner fin a dicha relación. No existen causas de divorcio, si bien en algunos supuestos es exigido un período de reflexión: Cuando alguno de los cónyuges tiene la custodia de un hijo menor de dieciséis años (sección 1, capítulo 5) o uno de los cónyuges se opone al divorcio (sección 2, cap. 5). No se exige por el contrario ningún período de reflexión cuando ambos acuerdan solicitar el divorcio o han vivido separados al menos durante dos años (sección 4, cap. 5). Se ha eliminado la regulación de la nulidad, por lo que el orden judicial puede de oficio demandar el divorcio en los supuestos de impedimento de vínculo o de parentesco (sección 5, cap. 5).

<sup>97</sup> En el Derecho finlandés no es exigida ninguna causa de divorcio (Marriage Act de 13 de junio de 1929, núm. 234, reformada y modernizada por la Act 1226/2001), si bien es usual un período de reflexión de seis meses [sección 25 (1) y secc. 26, capítulo 6]. En ciertos supuestos, no se requiere tal período, el caso más común se produce cuando los cónyuges han vivido separados durante un período de dos años ininterrumpidos [secc. 25 (2), cap. 6]. También en matrimonios contraídos bajo impedimento de vínculo o parentesco (secc. 27, cap. 6).

#### 4. LA LIBERTAD COMO FUNDAMENTO DEL CAMBIO CONCEPTUAL DEL DIVORCIO EN EL DERECHO ESPAÑOL

##### 4.1 Presentación de la Ley

Tras todo lo dicho, no cabe duda de que la reforma de las normas reguladoras del divorcio que ha tenido lugar en nuestro país con la aprobación de la Ley de 8 de julio de 2005 implica una profunda mutación conceptual de la institución que la aproxima a las legislaciones europeas más progresistas en esta materia.

En efecto, con la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, *por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio* (BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005)<sup>98</sup>, entre otros efectos, desaparece en nuestro ordenamiento jurídico la necesidad de alegar una causa para la obtención del divorcio, de modo que la mera voluntad de los cónyuges, ya sea de ambos, ya de sólo uno de ellos, es suficiente para la extinción del vínculo conyugal, sin que tan siquiera se exija un previo período de separación.

<sup>98</sup> Sobre los distintos aspectos de esta Ley han escrito en fechas muy próximas a su entrada en vigor, entre otros, GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio*, AA.VV., Lex Nova, 2005; LASARTE, «Merecido adiós al sistema causalista en las crisis matrimoniales», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 655, pp. 10 ss.; LINACERO DE LA FUENTE, «Leyes de Familia y Constitución: Ley 13/2005, de 1 de julio y Ley 15/2005, de 8 de julio», *RDP*, núm. 3-4, 2006, pp. 33 ss.; LÓPEZ AGUILAR, «Los criterios constitucionales y políticos inspiradores de la reforma del Derecho civil en materia matrimonial», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 655, pp. 1 ss.; LÓPEZ TENA, «Reformas civiles: el matrimonio entre personas del mismo sexo. Separación y divorcio», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 655, pp. 8 ss.; MARTÍN CONTRERAS, «Aspectos procesales de la reforma del Código Civil que se avecina», *Actualidad Jurídica Civil*, A. XV, núm. 655, pp. 12 ss.; PASTOR VITA, «Algunas consideraciones sobre la Ley de Reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio», cit., pp. 25 ss.; PÉREZ UREÑA, «La pensión compensatoria a la luz de la Ley 15/2005 de modificación del código Civil», *RDF*, núm. 28, julio-septiembre 2005, pp. 65 ss.; PRATS ALBENTOSA, «Bases de la nueva regulación del Derecho matrimonial español», *El nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, cit., pp. 13 ss.; REBOLLEDO VARELA, «La compensación económica del art. 97 CC en la Ley 15/2005, de 8 de julio», *Aranzadi Civil*, núm. 20, 2006, pp. 15 ss.; ROGEL VIDE, «En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados. Del Anteproyecto al Proyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio», *RGLJ*, 3.<sup>a</sup> época, núm. 1, enero-marzo 2005, pp. 73 ss.; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, «La supresión de las causas de separación y de divorcio: incidencia en otros ámbitos (A propósito de la reforma del CC por Ley 15/2005, de 8 de julio)», *Aranzadi Civil*, núm. 9, 2005; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «Consecuencias económicas de la crisis matrimonial tras la Ley 15/2005 (de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio)», *RJN*, núm. 57, enero-marzo 2006, pp. 233 ss.; SERRANO ALONSO, *El nuevo matrimonio civil...*, cit., pp. 1 ss.; VEGA SALA, «La reforma de la separación y el divorcio (Comentari a la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio)», cit., pp. 41 ss.; VERDA Y BEAMONTE coord., *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, Thomson Aranzadi, 2005.

Como afirma Pastor Vita <sup>99</sup>, con la mencionada reforma el legislador opta por una concepción de matrimonio de naturaleza negocial o contractual, presidida por el principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges como última expresión de los principios más generales de libertad y de libre desarrollo de la personalidad <sup>100</sup> consagrados en la Constitución. De este modo, la supresión de las causas de divorcio no obedece a una desnaturalización del instituto sino a una concepción distinta del mismo, más acorde con los dictados constitucionales y a semejanza de la evolución que se ha producido en otros países europeos, como los ya mencionados de Suecia o Finlandia.

Si acudimos a la Exposición de Motivos de la ley, el legislador justifica la necesidad de la modificación legal con las siguientes palabras: «La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio. El reconocimiento por la Constitución de esta institución jurídica posee una innegable trascendencia, en tanto que contribuye al orden político y a la paz social, y es cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad. Con este propósito, se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir viviendo con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación».

Como consecuencia, el artículo primero de la Ley 15/2005 en su apartado segundo establece:

«El artículo 81 queda redactado de la siguiente forma: “Artículo 81. Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la celebración del matrimonio:

1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta

---

<sup>99</sup> PASTOR VITA, «Algunas consideraciones sobre la Ley de Reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio», cit., pp. 32 ss.

<sup>100</sup> Sobre el principio del libre desarrollo de la personalidad en relación con la reforma operada por las leyes de 1 y 8 de julio de 2005, *vid.* DE VERDA Y BEAMONTE, «El libre desarrollo de la personalidad como principio inspirador de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio», *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, cit., pp. 29 ss.

de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.

2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda 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.

A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.”»

En el apartado tercero del artículo citado se deja sin contenido el artículo 82 CC, mientras que en el quinto, y a lo que interesa a nuestro estudio, se da una nueva redacción al artículo 86 del Código Civil:

«Artículo 86. Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurran los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81».

De este modo, la Ley 15/2005 admite no sólo el divorcio por mutuo consentimiento, sino también el divorcio por voluntad de uno sólo de los cónyuges, con el único requisito del transcurso de un período de tres meses desde la celebración del matrimonio, con las excepciones señaladas en el segundo párrafo del artículo 81 CC.

No se puede negar que el cambio en la regulación del divorcio desde el punto de vista conceptual es de una gran trascendencia, puesto que supone partir de una concepción de matrimonio muy alejada ya de la que sirvió de base al legislador de 1981. Pero, como indica Carrión Olmos<sup>101</sup>, al contrario de lo acontecido entonces, la nota característica del debate político originado por la nueva ley es el amplio consenso entorno a lo sustancial de la reforma, reflejo más que probable del sentir de la sociedad española en cuanto al significado del matrimonio y el papel que juega la autonomía de la voluntad de los cónyuges en orden a su disolución.

Ya durante el debate en la Comisión de Justicia del Congreso fue patente la opinión favorable de todos los grupos de la Cámara a la idea inspiradora del Proyecto de ley presentado por el Gobierno:

<sup>101</sup> CARRIÓN OLMOS, «Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio», *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, cit., p. 166.



La diputada Uría Etxebarría, en representación del Grupo Vasco, alegó ante la Comisión: «Creemos que en estos casi veinticinco años de vigor de la norma se ha hecho evidente que existe un cambio importantísimo en la manera de concebir las relaciones de pareja. La idea de igualdad que dice presidir la regulación del año 1981 ha dado paso también a la idea de libertad como valor dentro de estas relaciones, y nos parece que estos dos valores están plasmados de una manera mucho más acorde con los tiempos que corren en el proyecto que hoy nos presenta el Gobierno (...)».

La diputada Pigem i Palmés, por el Grupo Catalán Convergència i Unió también sostuvo: «Mi grupo parlamentario coincide con el proyecto en la necesidad de superar la actual legislación que impone la necesidad de acreditar causas de separación, lo que puede dar lugar *in extremis* a que puedan dictarse sentencias derogatorias de la separación o del divorcio en aquellos casos en que las causas invocadas no puedan ser acreditadas. Eso hay que decir que, por la prudencia de la judicatura, se producen en muy pocas ocasiones, pero, por pocas que se produzcan, a nadie se le escapa la incomodidad y el dolor de estas situaciones, porque mal se puede imponer una convivencia de la naturaleza de la conyugal cuando una o las dos partes no la quieren (...)».

Por el Grupo Popular, la diputada Matador de Matos defendió: «Creemos que la tramitación del proyecto de ley, su presentación y lo que aparece recogido dentro del mismo se ha hecho todo de forma muy rápida, sin hablar detenidamente con el resto de grupos parlamentarios una regulación tan importante como es la modificación de la Ley del Divorcio. De todas formas, nosotros creemos que es un proyecto bien intencionado por tanto que trata de acomodar la legislación a la realidad social que está en continua transformación. Suprimir trámites como la separación previa al divorcio es algo en lo que nosotros estamos de acuerdo (...). Estamos de acuerdo en que se supriman determinados trámites para llegar al divorcio, pero no en la forma en que se ha hecho (...). Nosotros, como digo, valoramos positivamente el texto en general, sin embargo, creemos que se debería haber hecho de otra manera (...)».

La diputada Couto Rivas, del Grupo Socialista aclaró: «En cuanto a las causas, queremos decir que el espíritu de este proyecto es mantener la libertad de las partes. Son las partes, o bien de mutuo acuerdo, o unilateralmente, las que tienen que manifestar su voluntad de si quieren mantener una convivencia que les puede resultar dolorosa, o si quieren poner fin a una convivencia, y nos basta la manifestación de esa voluntad (...)».<sup>102</sup>

---

<sup>102</sup> *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia*, núm. 242, 6 de abril de 2005.

Claro es que la adhesión de los distintos Grupos parlamentarios a la reforma planteada por el Gobierno no estuvo exenta de matizaciones e interpretaciones diversas. En este sentido, se ha de señalar que durante la tramitación parlamentaria de la ley, el Grupo Parlamentario Catalán y el Grupo Parlamentario Popular se opusieron a la supresión absoluta de las causas de separación y divorcio. El primero presentó una enmienda en la que se proponía la introducción de dos causas genéricas para la separación contenciosa: la vulneración de los deberes conyugales y/o de los deberes respecto de los hijos comunes o de los hijos de cualquiera de los cónyuges que habiten en el hogar familiar. Y la voluntad unilateral de finalizar la convivencia por quiebra del necesario afecto marital para continuar en la misma <sup>103</sup>.

En el debate del proyecto de ley en el Pleno del Congreso de los Diputados, la diputada Pigem i Palmés, en nombre del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) alegó en defensa de su particular enmienda: «Creemos que en sede contenciosa sería más respetuoso con nuestro marco jurídico y especialmente con el artículo 32.2 de la Constitución mantener la necesidad de explicitar cuál es la causa por la que se solicita la separación, una causa que además ilustrará al juzgador acerca de la realidad de cada familia concreta, una ilustración que parece necesaria ya que es sobre esa realidad sobre la que el juzgador deberá adoptar los efectos de la separación. A estos efectos, desde mi grupo parlamentario proponemos dos tipos genéricos de causas: la vulneración de los deberes entre los cónyuges o con respecto a los hijos comunes o de cualquiera de ellos y la voluntad de cesar en la convivencia; todo ello en el bien entendido que ni en esta enmienda ni en la legislación vigente no se trata de culpas sino de causas y que no hay ningún automatismo entre las causas de separación y la determinación de los efectos de la misma. Una enmienda que no pretende nada más pero tampoco nada menos que la armonización del imperativo constitucional de la existencia de causas con el reconocimiento de la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado a su cónyuge.» <sup>104</sup>.

El Grupo Parlamentario Popular propuso como causas de separación y divorcio no consensual: cualquier situación que implique ruptura de la convivencia familiar de forma que su continuación sea perjudicial para cualquiera de los cónyuges o sus hijos. Y cualquier violación grave y reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o de los de cualquiera de los cónyuges

<sup>103</sup> Enmienda núm. 61. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, 15 de marzo de 2005, núm. 16-8.

<sup>104</sup> *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 84, 21 de abril de 2005.

que convivan en el hogar familiar <sup>105</sup>. Además, en caso de que existan hijos menores, el cónyuge solicitante deberá acompañar a la demanda una serie de documentos acreditativos de haber acudido a la mediación familiar, salvo casos de violencia física o psicológica sobre el demandante o los hijos que convivan con ambos <sup>106</sup>.

Durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, en el debate en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, la diputada Matador de Matos del Grupo Parlamentario Popular defendió su postura con las siguientes argumentaciones: «Nosotros somos partidarios de mantener un esquema causal, si bien hemos actualizado y reducido a dos causas la separación y el divorcio, como son cualquier situación que implique ruptura de la convivencia familiar de forma que su continuación sea perjudicial para cualquiera de los cónyuges o sus hijos, o cualquier violación grave y reiterada de los deberes respecto de los hijos de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar. El proyecto, como hemos dicho, suprime las causas de divorcio. Esto es excepcional en nuestro Derecho comparado. Solamente hay dos países (Suecia y Finlandia) donde existe el divorcio sin causa, sin embargo, se requiere un plazo mayor para la presentación de la demanda, el plazo de seis meses. (...) Considerando además que hay que mantener este sistema causal porque el juez para adoptar correctamente determinadas decisiones, especialmente las que están relacionadas con el interés de los hijos, como son las visitas, la guarda o la patria potestad, debe tener unas causas; si no las tenemos, las va a poner el juez directamente en el procedimiento. Y en relación con nuestro sistema contractual, consideramos que no se concibe la ruptura de un negocio jurídico esencialmente sinalagmático como es éste sin alegación de causa alguna» <sup>107</sup>.

Pero lo cierto es que tanto éstas como el resto de enmiendas presentadas por los diversos grupos parlamentarios estaban referidas a cuestiones técnicas o a aspectos muy concretos de la reforma (mantenimiento de alguna causa general de divorcio, custodia compartida, plazos previos para la solicitud, fondo de garantía de alimentos, mediación familiar), y no al aspecto básico o esencial de la misma, cual es una idea de matrimonio muy distinta a la vigente en

---

<sup>105</sup> Enmiendas núm. 76, 77 y 78. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, 15 de marzo de 2005, núm. 16-8.

<sup>106</sup> En similar sentido, *vid.* Enmienda núm. 55 del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, 15 de marzo de 2005, núm. 16-8.

<sup>107</sup> *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia*, núm. 242, 6 de abril de 2005.

los albores de la democracia <sup>108</sup>. No se duda ya del trascendental papel que ha de jugar la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la ordenación de la convivencia y se proclama la libertad individual como el pilar que ha de sustentar toda solución que se plantee a la situación de crisis conyugal.

En este sentido, son muy significativas las palabras pronunciadas por el entonces Ministro de Justicia López Aguilar durante el debate del Proyecto de ley en el Pleno del Congreso de los Diputados:

«El Gobierno presentó en su día ante esta Cámara un proyecto de ley de modificación de este régimen jurídico, cuyo objetivo es agilizar, simplificar y, por tanto, potenciar la libertad e igualdad con que son ejercitadas las libertades concernientes a las formas de convivencia y afectividad que adquieren estatuto jurídico bajo la forma específica del matrimonio (...) consideramos que la solución que finalmente se adopta en el dictamen de la comisión de Justicia del Congreso de los Diputados parte del entendimiento conjunto y compartido de lo que son el interés público y los intereses individuales que se integran en este ámbito de forma extremadamente respetuosa con la libertad, con la igualdad y, desde luego, con la consagración de la autonomía de la voluntad de las partes, es decir, de los ciudadanos a quienes afectan los procesos de disolución del matrimonio (...) Subrayo que el efecto principal de esta iniciativa legislativa, porque se corresponde con su objeto troncal, no es otro que simplificar, agilizar y reforzar así el ámbito de libertad y autonomía de la voluntad con que se entra o se sale de la relación jurídica matrimonial. Lo propugnamos estableciendo una disolución del matrimonio sin causas y, por tanto, sin culpables. No hará falta ni buscar culpables ni abrir paso a la doble victimización que ha caracterizado históricamente, desde su entrada en vigor en 1981, la disolución matrimonial en su experiencia judicial y, consiguientemente, en su reflejo jurisprudencial. Se va a dar la máxima relevancia a la voluntad de las personas, de modo que ya no hará falta señalar al culpable ni mostrar jurídicamente las causas» <sup>109</sup>.

Como bien puede observarse, autonomía y libertad de los cónyuges constituyen los principios básicos de esta nueva regulación del divorcio, principios que ningún grupo parlamentario cuestiona al margen de los distintos posicionamientos sobre temas concretos.

En la intervención del Grupo Parlamentario Mixto a cargo del diputado Rodríguez Sánchez, se puso de manifiesto como «El Bloque Nacionalista Galego quiere comenzar por expresar su satisfacción por el hecho de que se haya avanzado de forma tan positiva en la defensa de que la convivencia dentro del matrimonio es una

<sup>108</sup> CARRIÓN OLMOS, «Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio», cit., p. 168.

<sup>109</sup> Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 84, 21 de abril de 2005.

cuestión que debe estar sometida exclusivamente al criterio de voluntad y de libertad y que no tiene sentido forzar situaciones obligando a los cónyuges a mostrar una posición de ruptura causada y, por tanto, a la concepción del divorcio como una sanción. En la medida en que esta ley instaura definitivamente el principio de voluntad y el principio de libertad para la convivencia, nos parece que es una ley que merece todo nuestro apoyo y nuestro respeto entusiasta».

El señor Mardones Sevilla, del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria manifestó: «Esta Ley 30/1981 que reguló el matrimonio en el Código Civil vigente español ha quedado obsoleta. Son otras las dinámicas, las exigencias; han pasado ya una serie de años que han permitido a la sociedad española evolucionar en su pensamiento y en lo que entonces motivaba a veces tensiones sociales mezclando la ideología religiosa con principios de planteamiento civil y lo que era también el entorno, el Derecho comparado, que lo había permitido hacer así. Por tanto, había que acelerar una serie de trámites, no hacer esas dilaciones tremendas entre la situación de separado y la de divorciado, para que eso tuviera una naturalidad. Todos esos aspectos nos parecen muy positivos y se recogen en el nuevo texto del proyecto de ley adaptándolo a la sociología, a las circunstancias sociales, porque las leyes –yo siempre he mantenido el principio parlamentario, político y jurídico– deben reflejar y solucionar los problemas de la realidad. De ahí que vayamos a dar nuestro voto a estos efectos fundamentales.»

La Diputada Navarro Casillas, por el Grupo de Izquierda Unida, defendió: «También es fundamental tener claro qué es el matrimonio civil. Es un marco más, pero no el único, que puede ser elegido voluntariamente por los ciudadanos para compartir y crecer afectivamente; es una relación presidida en todo momento por la voluntariedad. Cuando falta la voluntad cae el matrimonio. Por tanto ningún sentido tiene retrasar ese momento legislativamente (...).»

Por el Grupo Parlamentario Vasco, la Diputada Uría Etxebarria: «La idea de igualdad que dice presidir la regulación de 1981 debía dar paso necesariamente a la idea de libertad como valor dentro de las relaciones de pareja. Creemos por eso muy adecuado el principio de autocomposición que está en el espíritu y en la propia letra de esta norma, reservando la intervención judicial para aquellos casos en los que no es posible el mero acuerdo de la pareja respecto de su ruptura.»

Y el Diputado Villarubia Mediavilla, del Grupo Parlamentario Socialista: «Estamos hoy en un día yo diría que importante para muchos hombres y mujeres de este país, en un día que vamos a aprobar inicialmente algunas leyes importantes que desarrollan la

libertad individual como valor fundamental de nuestro ordenamiento jurídico (...) A nadie se le exigió decir por qué se quería casar y a nadie se le tiene que exigir dar explicaciones de por qué no quiere seguir en esa unión matrimonial»<sup>110</sup>.

No obstante, en el debate del Proyecto de ley en el Senado persistieron las voces discordantes. Tanto el Grupo Parlamentario de *Convergència i Unió* como el Grupo Parlamentario Popular mantuvieron sus enmiendas orientadas a mantener un sistema causal de separación y divorcio, que sin embargo fueron rechazadas<sup>111</sup>. Una vez devuelto el proyecto al Congreso de los Diputados, quedará definitivamente patente el principio inspirador de la reforma de otorgar mayor protagonismo a la voluntad de los cónyuges, y de superar el concepto causal y en parte culpabilista de divorcio característico de la legislación de 1981:

En palabras del Sr. Mardones Sevilla, en nombre de Coalición Canaria: «En nuestra opinión, se trata de un avance sobre la denominada Ley Fernández Ordóñez, de 1981, que se aprobó durante el Gobierno de la transición de UCD. Se trata de una adecuación después de haber visto año tras año en las memorias del Consejo General del Poder Judicial los informes de los juzgados de familia sobre las causas de divorcio y separación en España. Como digo, esta ley viene a adecuarse al movimiento de la propia conciencia social, que mira hacia esta cuestión con una gran naturalidad. Por tanto, tengo que decir que nos congratulamos del acortamiento de los plazos de separación, que quedan prácticamente reducidos a tres meses desde la ruptura del matrimonio civil, así como con la entrada de un procedimiento de divorcio con plena dignidad sin necesidad de tener que hacer acusaciones a cada uno de los cónyuges que desean la ruptura del vínculo civil matrimonial».

Por parte del Grupo Parlamentario de Izquierda Verde –Izquierda Unida– Iniciativa per Catalunya, la Diputada García Suárez alegó: «El proyecto inicial tenía como objetivo –y así estaba expuesto en la redacción– adaptar a la sociedad actual un texto inspirado después de la elaboración de la Constitución de 1978, que fue la Ley 30/1981, de 7 de julio, que modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil. Con ser un avance en aquellos momentos la mencionada ley, sobre todo si tenemos en cuenta la etapa oscura de la que salíamos, en el fondo no dejaba de ser una ley que configuraba un modelo –digámoslo– de separación-sanción, sobre todo un modelo en el que se obligaba a justificarse y a demostrar razones que movían al deseo de la separación, por tanto a buscar de manera consciente un

<sup>110</sup> *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 84, 21 de abril de 2005.

<sup>111</sup> *Diario de Sesiones del Senado*, sesión plenaria de 22 de junio de 2005.

culpable de aquella decisión. Contradictoriamente, cuando una pareja decide casarse, el solo hecho de querer hacerlo presupone que las dos personas desean vivir juntas, desean compartir la vida. Por consiguiente, en estos momentos no se puede mantener una ley que obligue a dar unas razones, a buscar un responsable o un culpable.»

Y también la Diputada Uría Etxebarría, por el Grupo Parlamentario Vasco: «Efectivamente, la Ley 30/1981, que modificaba el Código Civil para permitir, en aquellos tiempos, la posibilidad de la nulidad, separación o divorcio fue un hito en la historia, pero ciertamente el tiempo ha transcurrido y evidenciado la necesidad de modificar esta norma.»

Incluso por parte del Grupo Parlamentario Popular, la señora Matador de Matos coincidió: «El Grupo Parlamentario Popular ha valorado desde el primer momento de forma muy positiva la supresión de trámites para acceder al divorcio, como era la separación previa, que era la novedad que recogía en un principio este proyecto de ley. Además nosotros lo llevábamos también en el programa electoral y ahora era el momento de adecuar la Ley del Divorcio a la sociedad de nuestro tiempo. La Ley de 1981 tiene cosas buenas, otras mejorables y otras que había que desechar, pero tampoco podemos demonizar una ley con la que hemos convivido tantos años.»

Pero quizá las más significativas fueron las palabras de la Diputada Bonás Pahisa, del Grupo de Izquierda Republicana de Catalunya: «Contraer matrimonio es un derecho pero también lo es la disolución del vínculo cuando una o ambas partes lo desean. Si bien en la II República ya se consiguió el derecho al divorcio, anulado después por la dictadura, tuvimos que esperar hasta la constitución de 1978 para que se regulara la disolución del vínculo matrimonial. Se reguló el divorcio pero con restricciones en cuanto se pretendía salvar un vínculo que la Iglesia católica define como indisoluble. Hoy ha llegado el momento de introducir mejoras legales con el fin de reducir la carga de conflictividad que puede llevar asociado un proceso que supone el fin de una vida en común (...). Las relaciones se terminan porque las personas cambian y las personas cambian porque evolucionan. Una evolución supone un cambio de prioridades y simplemente la vida en común se termina porque ya es imposible o porque deja de ser enriquecedora. La destrucción del vínculo no supone un fracaso de la relación sino la constatación de una realidad. A pesar de que el divorcio es un proceso natural, la disolución del vínculo es una experiencia dolorosa. Por tanto, el objeto de la ley no es ya evitar la disolución del vínculo sino facilitar que se produzca de la forma menos traumática posible. Es fundamental tratar de proteger al máximo el bienestar

de los que más sufren en el caso de divorcio, que son los hijos o hijas del vínculo»<sup>112</sup>.

#### 4.2 Reflexiones sobre la reforma del divorcio en nuestro ordenamiento jurídico. La función del consentimiento

Llegados a este punto, no cabe duda de que el epicentro de los cambios legislativos introducidos por la ley reformadora del divorcio de 2005 lo constituye el papel predominante que se otorga al consentimiento<sup>113</sup> de los cónyuges orientado a la disolución del vínculo matrimonial. Se consagra así en nuestro ordenamiento el que hemos denominado *divorcio como reconocimiento de un derecho individual a no continuar casado*, alcanzándose el último peldaño en la evolución del divorcio desde el punto de vista conceptual.

Una evolución que, aunque en otra medida, también se ha producido en los países de la Europa occidental, donde las legislaciones son cada vez más proclives a conceder un mayor protagonismo a la voluntad de los cónyuges. Como afirma Jean-François Perrin, esta evolución general de las disposiciones sobre el divorcio en Europa es reveladora de una modificación profunda de las estrategias de Estado en materia de control del divorcio. La permisividad real que se deriva de legislaciones tan distintas como la inglesa, que contempla una única causa de divorcio –la ruptura del matrimonio (*breakdown of marriage*)–, y la francesa, que contiene una heterogeneidad de causas, pone de manifiesto como efectivamente es posible vislumbrar un espíritu común en el modo de suavizar el control estatal respecto a la autonomía de los ciudadanos en el ámbito familiar<sup>114</sup>.

<sup>112</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 102, 29 de junio de 2005.

<sup>113</sup> En opinión de CARRIÓN OLMOS, el empleo del término *consentimiento* debe reservarse en exclusiva para la fase de constitución del matrimonio. Ni siquiera en el supuesto de divorcio por mutuo acuerdo cabría hablar de *consentimiento contrario* al inicialmente prestado. En caso de divorcio se ha de hablar de *voluntad*, y no de *consentimiento* («Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio», cit., p. 176).

<sup>114</sup> En palabras del autor «On ne peut pas à la fois promouvoir l'individu matériellement libre et instaurer par la loi sa subordination au bien de la famille. Il y a probablement antinomie entre ce modèle d'homme et un quelconque modèle de famille durable. On ne peut être à la fois perpétuellement libre et soumis à une structure qui implique une contrainte supra-individuelle. L'évolution du droit suédois constitue, de ce point de vue, un modèle de genre. La prise en compte quasi exclusive de la volonté de divorcer conduit à un droit matrimonial qui abolit pratiquement la différence entre le mariage et l'union libre. Le droit matrimonial ne se définit plus alors en termes de modèle mais uniquement par sa finalité d'assistance». («Tendance des changements législatifs en matière de divorce en Europe occidentale», en COMMAILLE, FESTY, GUIBENTIF, KELLERHALS, PERRIN, ROUSSEL, *Le divorce en Europe occidentale*, cit., p. 221).



Lo que sí parece claro es que la modificación de la regulación del divorcio implica partir de una distinta concepción del matrimonio <sup>115</sup>, donde pierde credibilidad el criterio de la estabilidad <sup>116</sup> y se refuerza la autonomía de los cónyuges como máxima expresión de los derechos constitucionales de libertad personal y de respeto al libre desarrollo de la personalidad. El matrimonio no es ya una institución a preservar por encima de los intereses de los esposos, sino un cauce de realización personal donde se manifiesta su propia libertad.

Ahora bien, la libertad para extinguir el matrimonio no significa que no se deban reforzar las medidas de protección de los hijos menores o del cónyuge que queda en la situación más desprotegida. Como sostiene Perrin <sup>117</sup>, el divorcio no sólo pone fin al matrimonio sino que, producida la quiebra, el objetivo a perseguir debe ser garantizar los derechos de los cónyuges en la ruptura y efectuar un control sobre los efectos. Se trata de plantear un nuevo contenido de la normativa reguladora del divorcio que se traduce en reconocer formalmente la disolución del vínculo matrimonial y regular sus consecuencias jurídicas y económicas. De este modo, el órgano judicial asume un papel determinante en la protección de los derechos de los más débiles dentro del ámbito familiar, bien por su falta de capacidad, como es el caso de los menores de edad, bien por las situaciones sociales y económicas en que se encuentran.

En este sentido, es relevante hacer notar como en Europa va abriéndose camino la denominada doctrina del «Clean Break»,

<sup>115</sup> Como afirma CARRIÓN OLMOS, «El cambio es sensiblemente mayor en lo cualitativo que en lo cuantitativo. Aspectos tan esenciales como la estabilidad en la relación que del matrimonio surge, la función del consentimiento, la causa del negocio, el entramado de derechos y deberes interconyugales e incluso la propia naturaleza jurídica de la unión se ofrece ahora, a lo que parece, necesitados de revisión» («Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio», cit., p. 174). Para algunos autores con la reforma se refuerza el carácter contractual del matrimonio, PASTOR VITA lo concibe como un contrato societario de naturaleza claramente fiduciaria, de modo que entre los cónyuges se instaura una relación basada en la confianza y esa relación *intuitu personae* dura hasta que la voluntad de cualquiera de ellos decida ponerle fin («Algunas consideraciones sobre la Ley de Reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio», cit., p. 34) En opinión de VEGA SALA, la nueva regulación del divorcio dificulta que se pueda seguir considerando el matrimonio como una institución de orden público, aproximándolo a un instituto regido por el principio dispositivo («La reforma de la separación y el divorcio [Comentari a la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio]», cit., pp. 41 ss.).

<sup>116</sup> ROUSSEL, COMMAILLE, KELLERHALS, PERRIN, «Vue d'ensemble», en *Le divorce en Europe occidentale*, cit., p. 239.

<sup>117</sup> El autor habla de una suerte de liberalismos a nivel de causas y un endurecimiento a nivel de consecuencias, especialmente en lo que se refiere a efectos económicos, no se pretende prevenir o evitar la ruptura, sino intervenir en ella al objeto de garantizar los derechos de las personas involucradas: cónyuges e hijos menores (PERRIN, «Tendance des changements législatifs en matière de divorce en Europe occidentale», en COMMAILLE, FESTY, GUIBENTIF, KELLERHALS, PERRIN, ROUSSEL, *Le divorce en Europe occidentale*, cit., pp. 218-219).

cuya finalidad es dejar definitivamente resuelta la cuestión económica entre los esposos en el momento en que se establece el divorcio<sup>118</sup>. De este modo, bien por la actuación del legislador, bien por la práctica jurisprudencial, de lo que se trata es de poner una duración concreta a la situación de dependencia económica de un cónyuge respecto del otro una vez que se ha extinguido el matrimonio. Así se pretende llegar a un equilibrio en la protección de los intereses de la extinta familia y la futura –en los casos en que se contraen nuevas nupcias– y, en definitiva, conectar el principio de libertad personal y de responsabilidad individual. Una realidad que en cierta forma va ligada al Estado del bienestar, en la medida en que éste sea capaz de asumir la necesaria asistencia de los más perjudicados por la ruptura.

Pero quizá sea posible avanzar un paso más en este nuevo régimen jurídico del divorcio al que hacemos referencia. En algunos foros hace tiempo que empieza a cuestionarse hasta qué punto deviene necesaria una resolución judicial para la obtención del divorcio y si no sería posible designar otro órgano competente en la materia. La cuestión parece suscitar pocas dudas en los supuestos de divorcio litigioso, en los que el disenso de los interesados reclama la intervención de la Autoridad Judicial, tal y como sucede para otras cuestiones de Derecho de familia (art. 70 CC, sobre el domicilio conyugal; art. 156 CC, sobre el ejercicio de la patria potestad; art. 157 CC, para los supuestos del menor no emancipado; art. 159 CC, sobre la guarda de los hijos en caso de separación de los padres, etc.). Pero el problema parece muy distinto en los casos de divorcio (también separación, aunque no sea el objeto de nuestro estudio) consensuado.

En esta dirección se han hecho oír algunas voces<sup>119</sup> que plantean soluciones alternativas a la preceptiva intervención judicial, y

---

<sup>118</sup> Una cuestión que en cierta forma se ha dejado sentir asimismo en nuestro ordenamiento con la reforma del art. 97 CC operada por la Ley de 8 de julio de 2005, por la que se permite el pago de la pensión compensatoria mediante una única prestación. Sobre el tema, *vid.* MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit*, cit., pp. 94 ss.

<sup>119</sup> CARRIÓN GARCÍA DE PARADA opina que si bien las actuales legislaciones europeas conceden a los cónyuges cierto grado de libertad para alcanzar acuerdos a la hora de separarse o divorciarse, no acaban de confiar plenamente en sus facultades para autorregular su propia relación en caso de crisis matrimonial. Es por ello que someten la apreciación de la oportunidad de la separación o el divorcio a una autoridad en la mayoría de los casos judicial. El autor propone una nueva regulación de la separación y el divorcio amistosos, por la que se potencie la autonomía de la voluntad de los cónyuges, y se mantenga la sumisión de esa voluntad común a controles que no necesariamente han de descansar en manos del poder judicial. Aboga por facilitar el entendimiento entre los cónyuges acudiendo de forma voluntaria a la mediación familiar y presenta al notario como el funcionario idóneo para acreditar que la voluntad de querer separarse o divorciarse sea verdadera, seria, meditada, libremente formada y exteriorizada de forma certera, así como para efectuar el necesario control de legalidad de los acuerdos de los cónyuges. («Separación y divorcio consensual», *La reforma de la justicia preventiva*, 2004, pp. 389 ss., esp. pp. 424 ss.); GARRIDO

que abogan por conceder a otras instancias públicas la función de acreditar la efectiva voluntad de los cónyuges de querer divorciarse y efectuar el necesario control de legalidad de los acuerdos alcanzados por los mismos.

Cierto es que en el Derecho comparado la mayoría de los países se decantan por el divorcio decretado judicialmente, pero también encontramos ejemplos en los que la concesión del divorcio y el control de sus efectos se efectúa por órganos administrativos. Es el caso de Portugal <sup>120</sup>, donde la separación y el divorcio por mutuo consentimiento pueden ser decretados por el oficial encargado del Registro Civil, siempre que los cónyuges no tengan hijos

---

MELERO considera una manifestación concreta del principio de libertad civil en el Código de Familia catalán la progresiva desaparición de la intervención judicial no contenciosa a favor de mecanismos privados bajo control notarial («Derecho de familia y principio de libertad civil: desjudicialización y control notarial», *Jornadas sobre el Código de Familia y la Ley de Uniones Estables de Pareja, Libro homenaje a la memoria de Luis Enrique Barberá Soriano*, La notaría, 1998, pp. 298 ss.); NAVARRO VIÑUALES destaca que la separación y el divorcio de mutuo acuerdo no implican un conflicto, por lo que su carácter amistoso los hace aptos para ser transferido de la esfera judicial a la esfera notarial, de modo que sean los propios interesados quienes elijan una u otra vía. En caso de ausencia de hijos el objetivo es reforzar la capacidad de autorreglamentación de los cónyuges, de modo que se potencie la autonomía de la voluntad. A ello se le añade el necesario control de legalidad a cargo de un funcionario estatal, que bien puede ser la figura del notario. Si los cónyuges tienen hijos menores a su cargo, la existencia de éstos supone un importante límite a la autonomía de la voluntad, de modo que en tales supuestos se aconseja un control adicional que homologue los pactos a los que hayan podido llegar, y que podría recaer en distintas instancias: la Autoridad Judicial, el Ministerio Fiscal o un órgano administrativo creado al efecto («La tendencia desjudicializadora en el nuevo Derecho de familia», *El nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, cit., pp. 253 ss., esp. pp. 286-290).

<sup>120</sup> Después de la Revolución de 1974 y hasta la reforma de 1977, se modificó varias veces el Derecho de familia contenido en el Código Civil portugués (DL núm. 261/75, de 27 de mayo, por el que se reformaron varios artículos referidos al divorcio; DL núm. 6/76, de 10 de enero; DL núm. 561/76, de 17 de julio, con el que se reformulan los fundamentos de la separación y el divorcio litigiosos, entre los cuales la separación de hecho pasó a ser causa objetiva unilateral; y DL núm. 605/76, de 24 de julio). En 1982 se reforma la Constitución, estableciéndose a favor de la familia una garantía institucional: «La familia como elemento fundamental de la sociedad» dice el art. 67 de la Constitución (sobre el tema, PEREIRA COELHO e GILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da família*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra, 2001, p. 153). Después de la citada reforma de 1977, el Derecho de familia del Código Civil fue modificado al menos 17 veces, algunas de carácter muy puntual. La más significativa fue sobre la adopción que comenzó en 1993. La segunda ha sido el régimen matrimonial, y en especial el divorcio. En lo que a esta cuestión se refiere, destaca el Decreto-ley núm. 163/95, de 13 de julio que, como se indica, permite al oficial encargado del Registro Civil conceder el divorcio por mutuo consentimiento. En esta norma también se le conceden otras competencias a los conservadores del Registro, como la dispensa de algunos impedimentos. Con posterioridad, el camino iniciado se ha completado en dos etapas: con el Decreto-ley núm. 47/98, de 10 de agosto, que dispone «el divorcio por mutuo consentimiento puede ser pedido por los cónyuges en todo momento», con lo que suprime sin más el período de reflexión y la necesidad de estipular acuerdos complementarios sobre sus efectos. Y el Decreto-ley núm. 272/2001, de 13 de octubre, que entrega en exclusiva al conservador del Registro la competencia que el decreto de 1995 le había concedido en paralelo con los Tribunales (HEINRICH EWALD HÖSTER, «Evoluções legislativas no Direito da família depois da reforma de 1977», *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. I, *Direito da família e das sucessões*, cit., pp. 59 ss.).

menores a su cargo o que el ejercicio de la patria potestad ya haya sido judicialmente regulado (Decreto-ley núm. 163/95, de 13 de julio, en vigor desde el 15 de septiembre de 1995) <sup>121</sup>. Asimismo, países como Dinamarca o Noruega permiten a los cónyuges solicitar el divorcio consensual ante la autoridad administrativa <sup>122</sup>.

También hay ordenamientos en los que se ha trasferido la competencia de decretar el divorcio a los notarios. Es el caso de Cuba, donde con el Decreto-ley 154, de 1994 <sup>123</sup>, se consagra el divorcio por escritura notarial, cuando exista acuerdo entre los cónyuges sobre la disolución del vínculo matrimonial y sus efectos inmedia-

<sup>121</sup> En su Exposición de Motivos se establece: «Se atribui ao conservador do Registro Civil competencia para, paralelamente aos tribunais, decretar o divorcio e a separação de pessoas e bens por mutuo consentimento, se, além dos demais requisitos de directo substantivo, o casal requerente nao tiver filios menores ou, havendo-os o exercido do respectivo poder paternal se mostrar já judicialmente regulado, entendendo-se que a natureza dos interesses em causa aconselha, nesta materia, a intervençao exclusiva dos tribunais». Art. 1773: «1. O divorcio pode ser por mútuo consentimento ou litigioso. 2. O divorcio por mútuo consentimento pode ser requerido por ambos os cónjuges, de comum acordo, no tribunal o una conservatória do Registro Civil se, neste caso, o casal nao tiver filhos menores ou, havendo-os, o exercicio do respectivo poder paternal se mostrar já judicialmente regulado.» Por tanto para el Gobierno el divorcio por mutuo consentimiento es considerado como un asunto jurídico-administrativo cuya solución compete a técnicos de Derecho, con posibilidades de recurso ante los tribunales jurisdiccionales.

<sup>122</sup> Estos países mantienen un sistema híbrido en el que coexiste un procedimiento judicial junto a uno administrativo, si bien la gran mayoría de separaciones y divorcios se realizan a través de esta segunda vía. La autoridad competente es el *Gouverneur du comté*, asistido por agentes administrativos con especial formación jurídica. En Dinamarca, los cónyuges deben ponerse de acuerdo no sólo sobre el hecho de separarse o divorciarse y el tipo de procedimiento judicial o administrativo, sino también sobre determinados efectos del divorcio: la custodia de los hijos menores, el derecho de pensión a favor de uno de los esposos y su duración o cualquier otra compensación económica por razón del matrimonio y el destino de la vivienda familiar. Sólo en caso de llegar a un acuerdo sobre tales cuestiones, que deberá ser facilitado por el órgano administrativo competente, se podrá decretar el divorcio. En caso contrario, los cónyuges deberán formular sus peticiones delante del juez. Sobre el resto de las materias (derecho de visitas a los hijos, montante de la pensión debida al cónyuge o a los hijos, partición de los bienes) no se impone un acuerdo inmediato de los cónyuges, por lo que podrán discutir tales asuntos en un momento posterior al divorcio. En Noruega, por el contrario, el procedimiento administrativo es la vía normal para todas las demandas de divorcio precedidas de una separación legal, así como en todos los supuestos de divorcio por mutuo consentimiento. Tampoco es necesario que los cónyuges acuerden los efectos del divorcio, sino que tales cuestiones podrán ser posteriormente planteadas ante los tribunales de justicia. Hasta las últimas reformas, en ambos países era obligatorio acudir a la mediación familiar para una tentativa de reconciliación, cuestión ésta que ha quedado suprimida en Dinamarca y sólo es preceptiva en Noruega cuando los cónyuges tengan hijos menores de seis años (MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit*, cit., pp. 79 ss.).

<sup>123</sup> En la Exposición de Motivos se establece: «... Por cuanto los actuales requerimientos para el perfeccionamiento de los tribunales y la necesidad de disminución y agilización de trámites jurídicos que realiza la población, aconsejan extraer de la competencia de los tribunales populares y transferir a la función notarial el conocimiento y tramitación del divorcio, siempre que no existiere contradicción en los cónyuges en cuanto a las condiciones y efectos jurídicos del mismo, ni perjuicios a terceros, por considerar que el notario a través del ejercicio de la fe pública, realiza actividades extrajudiciales que garantizan igualmente la eficacia jurídica y legalidad de estos actos, sin que disminuya por ello la trascendencia jurídica e importancia social de éstos».

tos, y no se emita por el fiscal un dictamen en contrario. A falta de acuerdo o mediando dictamen en contra del fiscal, el divorcio se tramitará por la vía judicial (art. 1) <sup>124</sup>.

Se trataría por tanto de abogar por la instauración de un divorcio de tipo administrativo, en el que el funcionario encargado del Registro Civil –o el notario, en su caso– se limitase a constatar la voluntad de los cónyuges de disolver el vínculo matrimonial, en aquellos casos en que ambos estuviesen de acuerdo en extinguir el matrimonio y existiese un consenso sobre los efectos del divorcio, siendo más discutible en el supuesto de existencia de hijos menores a su cargo.

En definitiva, como se ha visto a lo largo de este trabajo, la libertad individual está lejos de haber desarrollado todas sus posibilidades en lo que respecta a las relaciones dentro de la familia, por lo que en ningún caso puede decirse que haya culminado este proceso de adaptación de las normas reguladoras del Derecho de Familia a los cambios que se han ido produciendo desde la entrada en vigor de la Constitución Española.

---

<sup>124</sup> El notario ha de analizar las convenciones de los cónyuges, y en especial los pactos referidos a la patria potestad, guarda y cuidado de los hijos menores de edad, régimen de comunicación y pensiones, con especial atención a que aquéllos no atenten contra: *a*) el normal desarrollo y educación de los hijos comunes menores; *b*) la adecuada interrelación y comunicación entre padres e hijos; *c*) la satisfacción de las necesidades económicas de los hijos comunes menores; *d*) la salvaguarda de los intereses de los hijos comunes menores, y *e*) el cumplimiento de los deberes que corresponden a los padres (art. 4). Aceptado el acuerdo, el notario otorgará el divorcio. Si por el contrario no está de acuerdo con alguno de los pactos alcanzados por los cónyuges sobre estas cuestiones, dará traslado al fiscal para que se pronuncie sobre los mismos (art. 5). Si el dictamen del fiscal es desfavorable, el notario lo comunicará a los interesados para que, si lo desean, modifiquen el acuerdo de que se trate y se pueda decretar el divorcio. En caso contrario, el notario interrumpirá la tramitación del divorcio, dejando expedita la vía judicial (art. 8). El incumplimiento por cualquiera de los excónyuges de alguno de los pronunciamientos contenidos en la escritura de divorcio, se resolverá en proceso de ejecución ante el tribunal municipal popular que corresponda (art. 12).

