

# LA RENUNCIA A LA ACCIÓN DE DIVORCIO

MERCEDES SALIDO

*Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)*

**Resumen:** El propósito de este trabajo consiste en el examen del debate sobre la posibilidad de establecer cláusulas matrimoniales de renuncia a la acción de divorcio o, en su caso, de mayor estabilidad matrimonial, en un contexto jurídico de matrimonio civil disoluble. Con una interpretación singular se invocan la libertad, igualdad, laicidad y orden público como obstáculos al reconocimiento de dichas estipulaciones. Partiendo de la actual configuración legal del divorcio, el análisis de estos argumentos permitirá confrontar la discrepancia entre ambas posturas –principalmente, la diversa noción de matrimonio– y proponer fórmulas de régimen optativo al divorcio vincular, cuyo respaldo resulte admisible para las distintas concepciones. La aceptación común de la estabilidad matrimonial como valor jurídico digno de protección servirá de punto de encuentro. En suma, la conjugación entre el régimen jurídico previsto para la autonomía privada de las partes y el orden público se identifica como clave para su admisión, finalmente fundamentada.

**Palabras clave:** divorcio, indisolubilidad, orden público, autonomía privada, libertad, estabilidad, pacto.

**Abstract:** The purpose of this work is to examine the debate on the possibility of establishing marital clauses for renunciation of divorce action or, if necessary, greater stability of marriage in a legal context of dissoluble civil marriage. With a singular interpretation, freedom, equality, secularism and public order are invoked as obstacles to the recognition of these stipulations. Starting from the current legal configuration of divorce, the analysis of these arguments will allow to confront the discrepancy between both positions –mainly, the diverse notion of marriage– and to propose formulas of optional regime to the divorce tie, whose support is admissible for the different conceptions. The common acceptance of matrimonial stability as a legal value worthy of protection will serve as a meeting point. In sum, the conjugation between the

legal regime provided for the private autonomy of the parties and public order is identified as a key to their admission, finally founded.

**Keywords:** divorce, indissolubility, public order, private autonomy, freedom, stability, pact.

SUMARIO: 1. Planteamiento de la cuestión. 2. La opción al matrimonio indisoluble. 2.1 Encuadre de la cuestión. 2.2 Argumentos en contra. 2.3 Argumentos a favor. 3. Formulación de propuestas alternativas. 3.1 Antecedentes al régimen dual optativo. 3.2 Renuncia a la acción de divorcio mediante pacto de indisolubilidad. 3.2.1 Pacto de estabilidad matrimonial. 3.3 Otras fórmulas. 3.3.1 Cláusula penal. 3.3.2 Indemnización por daños y otras. 4. A modo de síntesis o conclusión.

## 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Las modificaciones sufridas en el Código civil (en adelante, CC) tras la promulgación de la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria, han ampliado el espectro de celebraciones matrimoniales religiosas civilmente reconocidas, añadiendo a las de las confesiones que tenían acuerdo con el Estado, las de las autorizadas por su legislación. Particularmente, han abierto la posibilidad de contraer matrimonio con efectos civiles a aquellos que se ajusten a una forma religiosa prevista por una iglesia, confesión, comunidad o federación religiosa inscrita en el Registro de Entidades Religiosas (en adelante, RER) y que haya obtenido notorio arraigo en España (art. 60.2 CC). Con ello se cubre, al menos parcialmente, la lógica aspiración de una parte significativa de la población española que, en el ejercicio de su libertad religiosa, pretendía el reconocimiento civil de su propia realidad matrimonial, para dotarla de verdadera eficacia y virtualidad práctica.

No obstante, el alcance, como se ha dicho, resulta meramente parcial. Ello es así si se tiene en cuenta que solo se hace referencia al reconocimiento civil de la «forma de celebración», obviando, en su caso, la sustantividad propia del régimen matrimonial de que se trate. Por tanto, aquella regulación matrimonial que conciba al matrimonio como una institución que nace de un acuerdo de voluntades entre un hombre y una mujer, ordenado a la procreación y de naturaleza indisoluble, solo obtendría el reconocimiento civil de sus ritos formales, no el de la realidad matrimonial así entendida, con todos sus elementos

esenciales (o, si se quiere, naturales, pues dicha concepción puede derivar del mero orden natural). Es más, en España, tras la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el CC y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, se admite y generaliza el divorcio como forma de disolución de todo tipo de matrimonio, no solo el ajustado a la normativa estatal civil, sino también el realizado en una forma religiosa acordada o autorizada por dicha legislación, o incluso el celebrado conforme al Derecho canónico. En este sentido, puede evidenciarse que la Ley civil presenta como único modelo el matrimonio disoluble, frente a la normativa canónica matrimonial, que considera la alianza válidamente constituida entre los cónyuges como irrevocable e indisoluble. Esta imposición de la aplicación del divorcio a toda concepción matrimonial, bien podría entenderse como un insuficiente reconocimiento civil de las diversas realidades matrimoniales existentes en la sociedad española y, en general, en las democracias occidentales actuales.

Son varios los argumentos que suelen aducirse a favor de la implantación de dicho sistema uniforme de matrimonio disoluble. Entre ellos, destaca la imposibilidad que se dice existir para cumplir en todos los supuestos un compromiso de compartir perpetuamente toda la vida con otra persona. No obstante, a mi juicio, dicha imposibilidad resulta consecuencia de una determinada y no del todo adecuada o completa noción de la «libertad», que no concibe la atribución de eficacia jurídica a los compromisos personales asumidos de por vida, y niega, por tanto, tanto la admisibilidad de un acuerdo de indisolubilidad como la previa renuncia a la acción de divorcio. Se esgrime una falta de libertad de los cónyuges que no quisieran seguir estando casados, de poder dejar de estarlo, pero no se observa que igual de válida y libre sería la opción de casarse comprometiéndose para toda la vida, renunciando con ello a la acción de divorcio facilitada por la ley. En orden a dicha falta de libertad se empuña el orden público (en su vertiente negativa) como obstáculo insalvable para su anuencia, cuando es precisamente dicho orden público, en su aspecto positivo, el que reclama que esa pretensión de los cónyuges sea acogida por el legislador ordinario, posibilitando y defendiendo con ello el efectivo ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, entre los que se incluyen el derecho a contraer matrimonio (art. 32 de la Constitución española, en adelante CE) y la igualdad y libertad religiosa e ideológica (art. 14 y 16.1 CE, respectivamente).

En consecuencia, la extensión del divorcio a toda clase de matrimonio, civil o religioso, no resulta, a mi juicio, una fórmula del todo coherente con el reconocimiento constitucional de dichos derechos fundamentales. Cabría pues preguntarse si no quedarían mejor (y verdaderamente) reconocidos y

garantizados dichos derechos permitiendo a los futuros contrayentes la opción, coherente con su concreta concepción, de un matrimonio indisoluble, bien posibilitando la renuncia a la acción de divorcio, bien admitiendo su libre configuración como tal.

Al margen, entiendo que una regulación en tal sentido, a su vez, desembocaría en una mayor estabilidad de las uniones matrimoniales. En efecto, no consiste en perpetuar a toda costa un vínculo inexistente, sino en otorgarle eficacia en caso de haberse configurado válidamente. Con ello, se favorecería al cumplimiento de la finalidad propia del matrimonio, esto es, la función social en su orientación a la procreación y consiguiente perpetuación de la especie, implícita en la propia configuración constitucional de la familia como elemento fundamental en la sociedad, al establecer como principio rector su debida protección social, económica y jurídica por parte de los poderes públicos (art. 39 CE).

En esta lógica, considero que un ordenamiento jurídico que permita optar, además de por un matrimonio disoluble, por otro indisoluble (o, en su caso, con más dificultades para su disolución), resulta más acorde y respetuoso con la libertad garantizada constitucionalmente y promulgada como valor supremo (art. 1.1 CE) y con la conveniente estabilidad del vínculo conyugal, en aras a una mayor garantía de la institución familiar (art. 39 CE). La propia posibilidad de elección tiene a su favor aquella noción de libertad bien entendida. Es más, la mera obligatoriedad de un régimen matrimonial (en este caso, a instancias del Estado; pero, a mi juicio, tendría la misma consideración si proviniera de una imposición confesional) es rechazable en sí. Un sistema matrimonial que se diga realmente pluralista debiera acoger ambas concepciones.

En consecuencia, resulta conveniente analizar el Derecho vigente, con el propósito de poder verificar la existencia de una adecuada regulación del derecho a contraer matrimonio o, en su caso, formular alguna solución que satisfaga también su concepción «natural», permitiendo a los futuros cónyuges acogerse al matrimonio civil indisoluble opcional, o configurar su propio matrimonio como no disoluble, sea por razones religiosas sea por convicción personal. En este orden de cosas, se pretende proponer varias opciones jurídicas que respeten y garanticen ambas concepciones matrimoniales presentes en nuestra sociedad plural; garantía que parecía encontrarse salvaguardada como consecuencia de haber concordado un régimen de reconocimiento sustantivo matrimonial con la Iglesia católica en el que se recogía dicha opción, pero que vino a ser difuminada con la promulgación unilateral de la citada Ley 30/1981. Así, tanto la renuncia a la facultad de ejercitar el divorcio como el pacto conyugal indisoluble concertado por los cónyuges al contraer el matrimonio, carecen de eficacia jurí-

dica en nuestro ordenamiento jurídico. De esta forma, considero que se encuentra limitada por ley, de manera rigurosa, la autonomía privada de los cónyuges, con la imposibilidad de coexistencia de un derecho a contraer un matrimonio indisoluble reconocido civilmente, en aras a garantizar el real y efectivo ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa e ideológica.

En consecuencia, el propósito principal perseguido por el trabajo que se presenta es el de examinar la posibilidad de establecer cláusulas matrimoniales de indisolubilidad que supongan la admisión de la renuncia a la acción de divorcio o, en su caso, una mayor estabilidad matrimonial. En este sentido, se acomete la sistematización de los argumentos jurídicos a favor y en contra, lo que habilitará para, por un lado, contrastar las discrepancias básicas entre ambas posturas y, por otro, proponer un régimen optativo que resulte admisible en el sistema jurídico civil y respetuoso con el matrimonio indisoluble. El entendimiento de dichos argumentos propiciará el planteamiento de propuestas alternativas: desde la comentada renuncia a la acción de divorcio, al acuerdo de indisolubilidad, pasando por posibilidades intermedias como el pacto de cláusulas penales en caso de incumplimiento de los derechos y deberes conyugales o el resarcimiento de daños.

## 2. LA OPCIÓN AL MATRIMONIO INDISOLUBLE

### 2.1 Encuadre de la cuestión

Hasta prácticamente el siglo *xvi*, el matrimonio en Occidente era considerado de forma general y pacífica como institución *natural*, con determinados fines y propiedades esenciales (principalmente: generación y educación de la prole, heterosexualidad, unidad e indisolubilidad). Sin embargo, si actualmente se confrontara, aun de manera somera, la noción de matrimonio que pudiera extraerse de la regulación contemplada en el ordenamiento civil y canónico, podría de manera rotunda sostenerse que ambos órdenes normativos mantienen un entendimiento diverso sobre el matrimonio, en cuanto a su objeto y rasgos esenciales. En efecto, para el civil se trata de una institución legal, desligada de significados antropológicos, en la que se incluye casi cualquier tipo de relación afectiva entre dos personas –eso sí, monógamas y con la obligación de concertarse de por vida, pese a lo simple de su disolución mediante el divorcio; mientras que la regulación canónica lo sigue reconociendo como institución fundada en la natural y radical complementariedad potencial que existe entre los cónyuges –hombre y mujer–, dispuesta en la propia natu-

raleza, y que guarda una tendencia natural a su permanencia. Por tanto, puede decirse que la concepción del matrimonio como realidad natural que nos viene dada, cuyo rasgo de *indisolubilidad* había sido comúnmente asumido por ambas concepciones matrimoniales de manera lógica y pacífica, en gran medida se ha desvanecido. Al margen de otras distinciones básicas, como la heterosexualidad, la insolubilidad resulta hoy día un claro aspecto diferenciador, aunque en su grado menor de *estabilidad* es compartido, en cierta medida, por ambas concepciones.

Al diversificarse la noción matrimonial, en buena lógica se deduce el necesario reconocimiento y garantía por parte del ordenamiento estatal de sus diferentes concepciones. Sin embargo, el legislador civil, al acogerse a una noción de matrimonio carente de presupuestos antropológicos, se limita a ofrecer mera cobertura legal a las diversas relaciones afectivas existentes y/o creadas por la sociedad, de manera que deja a la originaria institución que motivó la legislación y a las relaciones de justicia que de ella dimanaban sin amparo jurídico. Así, aunque pudiera defenderse la validez y legitimidad de la regulación matrimonial estatal, es obvio que se trata de otra realidad jurídica distinta a la originaria que no garantiza el respeto a dicha concepción inicial, aún vigente en gran parte de la sociedad.

Por todo ello, considero que procede examinar la posibilidad de reconocimiento del matrimonio indisoluble por el sistema jurídico civil, tanto los postulados ideológicos en los que se apoya su supresión como los que resultan posibles esgrimir a favor de su defensa, al menos en clave de opción libremente asumida, insistiendo en que este reconocimiento no es una cuestión exclusiva de opciones religiosas o de defensa de posturas confesionales. Más bien se trata de la búsqueda de un sistema garantista con el ejercicio del derecho a contraer en plena acción de libertad, con independencia de que la elección de la insolubilidad del vínculo sea fruto de una concepción religiosa o meramente natural o humana. Es más, la insolubilidad no supone propiamente un efecto religioso, sino que existen razones antropológicas, o de Derecho natural, en las que fundamenta su existencia. Así, la esencia misma del matrimonio, en su significado propio de mutua y total entrega y aceptación de los esposos y hacia su descendencia, exige la exclusividad y perpetuidad del enlace puesto que, de otro modo, se introduciría una reserva que la sometería a una especie de término suspensivo sujeto a la mera voluntad de una de las partes, aunque nunca llegase a ejercerla. Esta reserva en la entrega originaría posibles desconfianzas y recelos mutuos, incluso condicionaría el consentimiento de la otra parte, y podría llevar a muchos ciudadanos a abstenerse de contraer, por no tener la seguridad jurídica de la perpetuidad e irrevocabilidad de su futuro com-

promiso<sup>1</sup>. La experiencia en los países que admiten el divorcio vincular, y su efecto de inestabilidad e inconsistencia jurídica en el matrimonio, confirman este planteamiento, ya anunciado en las severas palabras utilizadas en el Concilio Vaticano II, en la Constitución Pastoral *Gaudium et Spes*, núm. 47, al pronunciarse respecto al tema con la siguiente significativa expresión: «*la difusión de la mentalidad divorcista ha sido una auténtica epidemia y ha causado efectos devastadores en la sociedad*»<sup>2</sup>.

Por tanto, bajo este prisma, es la propia realidad humana la que exige la irrevocabilidad de la mutua entrega de los cónyuges. Por ello, también puede ser planteada en términos ajenos a consideraciones religiosas, por ejemplo, como apuesta de un ordenamiento civil no confesional por la indisolubilidad del matrimonio como una manera de proteger la institución familiar en su cohesión con el matrimonio. Considero este el camino adecuado para poder tratar el tema, de forma que quede superada la criticada supuesta pretensión de los católicos de imponer sus creencias a través de la indisolubilidad del matrimonio.

Sin embargo, también es necesario tener en cuenta dos importantes premisas: la primera, referida al acierto de recoger en la normativa española la viabilidad de contraer matrimonio religioso con efectos civiles; y, la segunda, vinculada a los más o menos rigurosos requisitos legales exigidos<sup>3</sup> y los necesarios límites para su ejercicio. Así, la evidente relación existente entre matrimonio y libertad religiosa o de creencias ha llevado a la consideración, por parte de varios autores, de integrar, dentro del contenido del derecho fundamental de libertad religiosa, la facultad de contraer matrimonio según los propios ritos confesionales, aduciendo que, en caso contrario, la consecuente imposición estatal de un matrimonio civil obligatorio lesionaría su esfera de libertad<sup>4</sup>. Por tanto, y de manera correlativa, el reconocimiento de eficacia civil a otras formas de contraer se convierte en una demanda de ineludible cumplimiento.

---

<sup>1</sup> *Diario de sesiones* n.º 156, año 1981, pp. 9682-83. Desde internet en '[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L1/CONG/DS/PL/PL\\_156.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L1/CONG/DS/PL/PL_156.PDF)', [última consulta, 7/12/2018], p. 9684.

<sup>2</sup> *Vid.* «Constitución pastoral *Gaudium et spes* sobre la Iglesia en el mundo actual». Disponible desde internet en <https://bit.ly/1gESTGH>, [última consulta 10/12/2018].

<sup>3</sup> Resulta de un gran valor y del todo recomendable, por el rigor y la original sistemática utilizada en su tratamiento, la exposición que realiza FERRER ORTIZ, J. sobre el tema, atendiendo a tres momentos claramente diferenciados: el constitutivo, el registral y el procesal, *vid.*, «La eficacia civil del matrimonio canónico y de las decisiones eclesiológicas en el Derecho español», en *Ius et Praxis*, 14, 2, 2008, p. 383.

<sup>4</sup> Las siguientes palabras de SPINELLI reflejan claramente esta concepción: «*en materia matrimonial la libertad religiosa no viene salvaguardada obligando a todos a casarse civilmente, contra conciencia, sino permitiendo a todos casarse según conciencia y, por tanto, según su propio credo religioso*», SPINELLI, «Matrimonio civile e matrimonio religioso: problemi e prospettive «de iure condendo»», en *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 5, 1976, p. 746.

A mayor abundamiento, debe indagarse sobre el verdadero alcance de este derecho del creyente a casarse según conciencia. Así, en toda lógica, se colige que solo se encuentra plenamente garantizado si el Estado le reconoce la opción de someter la regulación de su matrimonio al derecho civil o al confesional. No se trataría pues de un mero reconocimiento de los ritos matrimoniales, sino que, más allá de la necesaria inmunidad de coacción, se exige una tutela positiva, en la medida que se observe jurídicamente la libertad de vivir conforme a sus creencias y ordenar su relación familiar a ellas (incluso de manera indisoluble)<sup>5</sup>. En esta línea, el propio pluralismo del Estado español, proclamado en el art. 1.1 de la CE como valor superior del ordenamiento jurídico, reclama el reconocimiento con efectos jurídicos de la diversidad de regímenes matrimoniales, en sus aspectos sustantivos.

No obstante, también es cierto que, en otros ámbitos de Derecho comparado, se defiende la compatibilidad del derecho de libertad religiosa con la no integración en su contenido del reconocimiento de efectos civiles a las celebraciones matrimoniales religiosas. Pero, en todo caso, hay que señalar que no es la postura más sostenida. Además, la mayoría de las veces se aprecia que, aun no existiendo obligación estatal de realizar dicho reconocimiento, nada impide hacerlo, afirmándose que, de hecho, sería la postura más respetuosa con la libertad de creencias, por facilitar la plenitud de su ejercicio.

La consecuencia de todo lo expuesto es que el reconocimiento civil del matrimonio canónico debería incluir, a su vez, la admisión de la indisolubilidad de su vínculo o, en su caso, la posibilidad de pactar válidamente hipotéticas cláusulas a favor de su renuncia o, en su defecto, dirigidas a la obstaculización del acceso a su ruptura unilateral. Es precisamente esta la cuestión sobre la que gira el entramado argumental que se expondrá en los siguientes apartados, sin dejar de reiterar que no se trata de una cuestión exclusivamente religiosa, sino de índole natural.

En cualquier caso, el ejercicio de este derecho, como el de cualquier otro, no es absoluto, sino que está sujeto a unos límites. Estos se encuentran concretados en la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas y los derechos y libertades fundamentales de los demás, como expresa el art. 18.3 del Pacto Internacional sobre derechos políticos y civiles (en adelante, PIDPC) de 1966 (ratificado por España en 1977, y recogidos posteriormente, de manera expresa, tanto en nuestro texto constitucional [art. 16.1 CE], como en su normativa de desarrollo [art. 3.1 LOLR].

---

<sup>5</sup> Vid., SPINELLI, L., «Il matrimonio religioso nel pluralismo dei modelli previsti dalla Costituzione», en *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 6, 1977, pp. 1322-1325.



De la conjugación y equilibrio de todos estos elementos deberá partirse para la propuesta de iniciativas jurídicas que promuevan modelos alternativos al vigente y generalizado sistema de divorcio vincular objetivo o sin causa.

## 2.2 Argumentos en contra

Varias son las tesis o consideraciones que pueden despejarse del detenido estudio de los debates parlamentarios con motivo de la aprobación de la Ley del divorcio de 1981 y de la rica doctrina jurídica, tanto canónica como civil, para rechazar la opción al matrimonio civilmente indisoluble. Principalmente, la iniciativa partió de la búsqueda de un remedio para aquellas parejas cuyos matrimonios habían fracasado de manera definitiva. La propia situación insostenible de convivencia marital por la que se atravesaba en estos supuestos extremos, al igual como el deseo de «rehacer» sus vidas a través de una eventual o actual nueva unión dentro de los cauces legales, demandaba una posible solución. No obstante, la lógica interna de la instauración del divorcio llevó irremediamente a ir ampliando la referencia de estos casos límites hacia la generalización de los supuestos<sup>6</sup>. Por otra parte, es conveniente recordar que la protección de derechos que pudieran verse comprometidos durante el desarrollo de la vida matrimonial se puede garantizar sin recurrir al divorcio, mediante la figura de la separación, lo que no altera la naturaleza indisoluble del vínculo.

De manera básica, las principales objeciones giran en torno al quebranto de cuatro aspectos: la libertad, la igualdad, el orden público y la laicidad estatal. Brevemente se pasan a enunciar, para, en el punto siguiente, desarrollarlos al hilo de su discusión.

A primera vista, causa cierta perplejidad el hecho de que sean los propios principios que informan la proyección civil del fenómeno religioso en España (junto al orden público, como límite básico al ejercicio de cualquier derecho)

---

<sup>6</sup> En España, hasta la proclamación de la Segunda República de 1931 no se introduce por primera vez el divorcio, configurando el mutuo disenso como principio para la ruptura del vínculo matrimonial, rechazando un sistema de repudio sin causa, pero abriendo un cauce para su acción unilateral (divorcio sanción o por culpa). Posteriormente, la Ley 30/1981 instaura un sistema de divorcio remedio o ruptura, cuyas causas van a girar principalmente en torno al cese efectivo de la convivencia, al margen de cualquier conducta de los cónyuges. Por último, las recientes reformas legislativas en materia matrimonial civil derivan en el establecimiento del llamado divorcio repudio, por ser a voluntad de uno solo de los cónyuges y sin necesidad de alegar causa alguna. Ya no es necesario el consenso de voluntades de los contrayentes, e incluso se concede contra la voluntad del otro cónyuge. A cada una de estas distintas tipologías de divorcio le corresponde una diversa concepción del matrimonio en la legislación respectiva.

los que precisamente se alegan en contra de la posibilidad de la opción de contraer matrimonio conforme a su rasgo natural de indisolubilidad.

En efecto, si indagamos algo más en su análisis, respecto al primero de ellos se aduce que la facultad de divorciarse resulta de la libertad individual, entendiendo que esta se perdería con la existencia de un compromiso irrevocable, de por vida. Así, se considera que la libertad de los cónyuges no permite la adquisición de compromisos para toda la vida ni, por tanto, tampoco la renuncia a la facultad de divorciarse civilmente. Es más, dicha libertad se configura bajo esta concepción como un verdadero derecho a romper con el matrimonio cuando cualquiera de las partes considera que ya no es viable o, simplemente, no desea seguir manteniéndolo.

Esta objeción procede principalmente del Estado francés, del mensaje introducido por la Ley de 20 septiembre 1792. Ya en su Preámbulo se afirmaba la libertad de la que gozaban los individuos, tanto en la formación como en la disolución del vínculo matrimonial, quedando proscrito el compromiso conyugal irrevocable por considerar que suponía un atentado a dicha libertad. Es decir, el hombre no podía comprometerse para siempre y, por eso, su matrimonio era esencialmente disoluble.

En consecuencia, esta tesis rechaza los compromisos indisolubles o de por vida, por cuanto implican renunciar definitivamente a la libertad de la que dispone toda persona en orden a poder decidir sobre su futuro. Se estima así que todo vínculo significa una especie de atadura que restringe la libertad individual. A su vez, se razona que, el establecimiento de un sistema matrimonial disoluble para todo vínculo conyugal no atenta contra la concepción de aquellos que lo entienden indisoluble, puesto que, por un lado, no obliga a nadie a divorciarse y, por otro, en todo caso, deja libre la posibilidad de indisolubilidad, supeditada al no ejercicio de la acción de divorcio.

Junto a este argumento de coacción de la libertad de los contrayentes se alega un segundo motivo, individuado en el principio de igualdad y su correlativo de no discriminación (art. 14 CE). De esta manera, se entiende que un sistema jurídico matrimonial plural, en el que se admitan diversas clases de matrimonios, con rasgos sustantivos propios e incluso opuestos (indisolubilidad y divorcio, como es el caso), atenta contra la igualdad a la hora de poseer o no opciones de disolver el vínculo conyugal. En este orden de cosas, se aboga por un sistema unitario, al menos en cuanto a las causas de separación y disolución se refiere, en garantía de la unidad y certeza del ordenamiento jurídico en la materia.

En la misma línea se encuentra la referencia que se hace al orden público. Como es sabido, éste, en su sentido negativo, supone una limitación al reconoci-

miento civil de aquellos rasgos de los sistemas jurídico matrimoniales que colisionen con él. Así, son varios los aspectos que chocan con el ordenamiento estatal y el debido respeto al orden público, como es la edad mínima para contraer (por ej. 18 años en el ámbito civil frente a los 14-16 años para la mujer y el varón, respectivamente, en el canónico), la existencia de un vínculo anterior válido, o de una relación de parentesco en un grado no dispensable por la ley civil, o incluso la poligamia y el repudio en la regulación islámica. Habría que analizar si la indisolubilidad entraría dentro de estos, de manera indiscutible.

Por último, una cuarta objeción confluye en este mismo punto, apostando por argumentar la vulneración de la laicidad estatal. En efecto, el Estado español se proclama laico en la expresión recogida en el art. 16.3 del texto constitucional *«ninguna confesión tendrá carácter estatal»*. Como consecuencia, se objeta que la laicidad estatal impide que los rasgos o efectos puramente religiosos de una institución, como se entiende que sería la indisolubilidad del matrimonio canónico, sean acogidos por la legislación civil. Por tanto, dicha aconfesionalidad imposibilita que el ordenamiento civil reconozca efectos civiles a la sustantividad del matrimonio canónico y, en consecuencia, rechaza la opción de matrimonio indisoluble.

### 2.3 Argumentos a favor

En orden a rebatir lo argumentado y haciendo así eco de lo esgrimido por varios autores, es el momento de pasar a exponer los razonamientos aducidos en defensa de un régimen legal que permita a los cónyuges optar por un matrimonio, bien disoluble, bien indisoluble.

Así, con relación a los que sostienen que la libertad no permite adquirir compromisos para toda la vida, puede decirse que va a ser precisamente una adecuada interpretación de esta noción de libertad la que autorice a adquirir dichos compromisos. La capacidad para asumir adeudos o pactos para toda la vida tiene su fundamento en la propia naturaleza humana. No es un dato desconocido a dicha naturaleza la asunción de obligaciones perpetuas e indelebles, como, por ejemplo, la decisión de ser padre o madre, que genera un vínculo para toda la vida. Cosa distinta será cómo ejercer la paternidad-maternidad; pero, del mismo modo que no se puede eliminar el vínculo paterno o materno filial adquirido por la propia voluntad de engendrar, puede defenderse la existencia de otros igualmente imborrables. Por tanto, se vuelve a la idea de que la indisolubilidad del matrimonio no es un elemento puramente religioso que ha sido añadido artificialmente por concepciones confesionales,

sino un aspecto natural a la propia institución matrimonial, con independencia que el único régimen jurídico matrimonial que en la actualidad lo mantenga sea el canónico.

En cuanto a la libertad para renunciar a la facultad de divorciarse civilmente, considero que es consecuencia de lo anterior: quien opta por un matrimonio indisoluble, no admite, de inicio, la posibilidad de divorcio. De hecho, el matrimonio, con la impuesta posibilidad de divorcio, genera una realidad distinta a la que quieren los que escogieron el matrimonio como indisoluble, por los efectos que la reserva de consentimiento pudiera producir. Así, de forma incongruente, se admite un compromiso de por vida que, en cualquier caso, se hace saber que podrá incumplirse con total arbitrio. Por ello, si no se acepta la posibilidad del matrimonio indisoluble, el Estado obliga a una sola forma, en una institución que se entiende, de manera cabal, base para el libre desarrollo de la personalidad. Reducida libertad de desarrollo es la que podría predicarse de aquella en la que se niega la opción a escoger un ambiente de estabilidad de la institución familiar que se sabe más propicio para el perfeccionamiento de la personalidad de los cónyuges y de sus hijos.

Puntualizando algo más este punto primero, y atendiendo al argumento dado sobre la base de que dicha libertad se respeta con el mero hecho de que quien se casa disolublemente puede optar libremente por no ejercitar dicha facultad, rechazando acudir al divorcio, considero que se comete el error de ignorar la propia configuración legal actual del divorcio. Así, dado que para divorciarse no es preciso alegar causa alguna y puede accionarse de manera individual por uno de los cónyuges, sin el consentimiento del otro, es obvio que la libertad del cónyuge que se casó indisolublemente (aunque solo fuera con la opción que le queda de la apuntada intención de no ejercitar la disolución) y ahora se ve forzado a romper su vínculo, no queda garantizada en su correcta medida.

Es por ello que me inclino a considerar no solo que, admitir, reconocer y garantizar jurídicamente la indisolubilidad del matrimonio no atenta contra la libertad, sino que, precisamente en aras a su adecuada salvaguarda, se hace necesaria tal regulación. En consecuencia, la libertad no puede ser vista única y exclusivamente como una facultad constante e irrestricta de optar, sino, fundamentalmente, como la capacidad de asumir las consecuencias de lo que se ha elegido en libertad. Precisamente, el que es libre lo es porque es responsable y, en esa medida, le resulta posible adquirir compromisos vitales.

En cuanto al principio de igualdad y no discriminación, que niega la posibilidad de que coexistan en un mismo ordenamiento civil un matrimonio disoluble y otro indisoluble, considero que no se daría su vulneración si el Estado ofrece a todos la posibilidad de optar libremente por cualquiera de

ambas alternativas. De esta manera, no se discriminaría a quienes contraigan matrimonio civil frente a los que lo hicieran con carácter indisoluble canónica o civilmente. Es más, considero que argumentar la implantación de un sistema unitario de matrimonio disoluble con base en la igualdad resulta algo paradójico. Entiendo que es precisamente esa necesidad de igualdad y trato no discriminatorio (pero tampoco uniforme) la que faculta para implantar un sistema facultativo/electivo, en el que los ciudadanos libremente pudieran escoger entre un matrimonio civil indisoluble y un matrimonio civilmente disoluble. De hecho, el pluralismo, elemento conformador del orden político y la paz social, solo puede llevarse a cabo de manera real y efectiva (art. 9.2 CE) si se reconocen dichas variedades de clases de matrimonio, junto al matrimonio de otras confesiones religiosas minoritarias. Así, si una confesión o concepción matrimonial contempla la indisolubilidad del matrimonio y otra/s la disolución unilateral, en la medida en que sea libre una u otra opción, no se lesionará el principio de igualdad.

Todo ello es, de nuevo, consecuencia del razonado significado que debe ofrecerse del principio evocado, en cuanto que la igualdad y no discriminación no coincide con uniformidad en el trato. De sobra es conocida la doctrina jurisprudencial en esta línea, consolidada por el TC en numerosas de sus sentencias. Bien es verdad que hay determinados requisitos de orden público (edad mínima para contraer matrimonio, inexistencia de vínculo anterior, etc.), que el Estado ha de proteger pero, salvadas estas prudentes objeciones, la igualdad se vincula más a que todos sean titulares del mismo derecho de libertad, con base en su igual dignidad y, por tanto, que puedan decidir contraer matrimonio conforme a sus creencias o ideologías, no solo porque se respeten sus ritos sino porque puedan casarse bajo su propia concepción matrimonial, tenga o no carácter religioso.

En definitiva, el principio de igualdad no solo no lleva a imponer un régimen matrimonial unitario, sino que más bien deriva en reconocer una pluralidad de regímenes matrimoniales. La coexistencia de un matrimonio disoluble e indisoluble en el ordenamiento civil no supone su negación, sino una verdadera manifestación del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa, ideológica o de pensamiento (art. 16 CE). Por tanto, la existencia de un matrimonio indisoluble (que coexista con un matrimonio disoluble) encuentra en el ejercicio de dicha libertad una justificación objetiva y razonable que descarta la existencia de un trato discriminatorio, configurando un justo diferenciado trato jurídico.

Vinculado a lo anterior, se esgrime también el orden público matrimonial como contrario a la autonomía de la voluntad de los contrayentes expresada a

través del pacto de indisolubilidad o de la renuncia a la facultad de divorciarse. En este sentido, es claro que, si el orden público tiene por objeto defender y garantizar los intereses generales de la sociedad y sus instituciones, de modo que prevalezcan sobre los intereses particulares, en algún caso se puede erigir como un límite para la libertad de autodeterminación de los ciudadanos.

No obstante, lo que resulta necesario esclarecer es si el hecho de brindar a todos los ciudadanos la posibilidad de elegir contraría o altera en algo el orden público en materia matrimonial. En esta línea, considero que esta facultad de opción garantiza de mejor manera el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, la igualdad y no discriminación en una sociedad plural y el fortalecimiento de la institución matrimonial en orden a la consecución del bien común. Ello, sin perjuicio de que otro tipo de prácticas matrimoniales sí que resulten contrarias al orden público, como las ya mencionadas anteriormente de bigamia o el trato desigual al varón y mujer, a título de ejemplo. Por tanto, el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los contrayentes<sup>7</sup>, con las limitaciones exigidas por el orden público, se advierte clave en la materia.

La oposición del orden público matrimonial –en su aspecto negativo– a la libre elección de un matrimonio indisoluble encuentra su fundamental apoyo en el mencionado parecer de que el hombre y la mujer son incapaces de tomar decisiones que les comprometan para toda la vida. Con base en ello, como se dijo, la renuncia al divorcio se considera lesiva para la libertad y no un ejercicio de la misma. Ahora bien, renunciar al divorcio por elegir una alianza matrimonial permanente, ¿constituye verdaderamente una vulneración del derecho de libertad? ¿Significa una auténtica renuncia a un derecho (el de divorciarse)? La respuesta habría de ser negativa trayendo al caso lo aclarado sobre el real alcance de la libertad, en cuanto a que integra la capacidad de asumir las consecuencias, con responsabilidad, de lo que se ha elegido libremente. Es más, tampoco supondría renuncia alguna a un derecho que, en realidad, no existe, toda vez que se ha elegido libremente contraer matrimonio indisoluble.

La cuestión es relevante, no ya por motivos religiosos, sino para cualquier ciudadano que desee contraer un matrimonio civil indisoluble, sin opción al divorcio, simplemente por considerar que así conviene a la familia que desea fundar. De esta manera, en su relación con la institución familiar, entiendo que el matrimonio no puede estar sometido a la absoluta libertad de las partes. Es en ese sentido, y no en otro, en el que el orden público debería limitar la autonomía de la voluntad de los contrayentes, para preservar la institución matri-

---

<sup>7</sup> Sobre el tema, resulta una obra de ineludible consulta COMBALÍA SOLÍS, Z., *La autonomía privada en la inscripción del matrimonio canónico en el Registro civil*, 1992, Barcelona.

monial. En el caso del matrimonio canónico, esto resulta claro porque, aunque las partes consienten casarse libremente, y es este consentimiento la causa que provoca el surgimiento del vínculo, la configuración del matrimonio no depende de la libre decisión de las partes: los contrayentes se adhieren libremente a una institución que cuenta ya con unos elementos, fines y propiedades perfectamente definidas y esenciales. Una de ellas, como se ha señalado, es la indisolubilidad del vínculo.

No obstante, la actual legislación civil en materia matrimonial constituye un caso distinto. Son varios los elementos tradicionalmente esenciales del matrimonio que no se sostienen en este ámbito, e incluso son contrarios: indisolubilidad, heterosexualidad, ordenación a la procreación, etc. Esto ha sido posible porque el legislador no ha encontrado apenas límite en el orden público matrimonial para su actuación normativa, lo que ha reforzado precisamente la autonomía de la voluntad de los contrayentes por encima de la naturaleza del matrimonio como institución jurídica natural. En este orden de cosas, resulta en cierto sentido ilógico (o cuanto menos, paradójico) que ahora se esgriman argumentos de orden público matrimonial para impedir que un ciudadano pueda elegir civilmente contraer un matrimonio indisoluble, acorde a la naturaleza de una institución jurídica que ha sido vaciada de contenido de manera constante por múltiples ordenamientos jurídicos, para permitir que sea la «autonomía de la voluntad» de los contrayentes quienes decidan la duración del consorcio matrimonial, sus fines, el sexo de la persona con quien desean casarse, etc.

Por último, el argumento de la laicidad del Estado tampoco resulta irrefutable. En un Estado laico no existe impedimento para que el ordenamiento civil reconozca el matrimonio canónico sin alterar sus propiedades esenciales (una de ellas la indisolubilidad). Por el contrario, al hacerlo así, respeta su régimen propio y realiza un ejercicio de laicidad positiva, al promover y garantizar el ejercicio pleno del derecho fundamental de libertad religiosa de los ciudadanos que, conforme a su conciencia y creencias religiosas, deciden contraer matrimonio canónico. Así, el Estado no violenta su carácter laico, porque no invade el ámbito o competencia de las confesiones religiosas ni la conciencia de los ciudadanos que consideran el matrimonio una realidad (sagrada o no) que les compromete para toda la vida. Considero que este respeto sería resultado de la libertad, más que una imposición.

El argumento de la laicidad positiva encuentra apoyo en el propio texto constitucional, por cuanto recoge un doble mandato a los poderes públicos, en el mismo precepto normativo (art. 16.3 *in fine* CE), de tener en cuenta las creencias religiosas de los ciudadanos y mantener las consiguientes relaciones de cooperación con las confesiones religiosas. En este sentido, poseer un sistema

matrimonial en el que se reconozca un matrimonio indisoluble, junto a la opción del matrimonio disoluble, tendría perfecto encaje en el modelo de relación entre el poder espiritual y temporal configurado en la Norma Suprema. Es más, considero que recoger únicamente el matrimonio disoluble, aplicando el divorcio a cualquier matrimonio, es lo que podría ser calificado como verdadera violación de la laicidad que ha de mantener el Estado español, pues impone una concepción matrimonial tanto a los que eligieron dicho régimen civil como a los que, en ejercicio de su libertad religiosa, escogieron contraer, «según las normas del Derecho canónico», un matrimonio indisoluble<sup>8</sup>. La visión reduccionista del derecho constitucional a casarse (art. 32 CE) resulta del todo patente en esta regulación.

Ante el peligro de que la indisolubilidad sea impuesta por ley civil, muy por el contrario, la mentalidad divorcista de algunas legislaciones civiles lleva a asignar una única forma de entender la libertad y la institución matrimonial. Así, la posición estatal de considerar aplicable el divorcio a cualquier matrimonio (recordando que, aunque puede no ejercitarse, con que solo uno de los cónyuges quisiera el otro ha de aceptarlo) supondría una especie de «falsa neutralidad» (parafraseando a Ollero)<sup>9</sup> de la laicidad estatal, pues, en su intento de imparcialidad, en última instancia, impondría la concepción divorcista a todo matrimonio. Esta regulación induce a cierta confusión, ya que muestra al divorcio como un derecho, como una garantía para la felicidad y realización personal ante el riesgo de un fracaso de la relación conyugal. Sin embargo, ante el irremediable fracaso conyugal es importante conjugar correctamente la verdad material de la relación jurídica matrimonial con una adecuada decisión prudencial que pondere los posibles efectos negativos en ningún caso deseables, con la realidad de la validez e indisolubilidad de su unión.

Finalmente, por tanto, existe una dimensión meramente negativa de la laicidad recogida en el artículo 16.3 CE que supone neutralidad de los poderes públicos frente al fenómeno religioso. Precisamente, esta visión se aprecia en la jurisprudencia consolidada por el Tribunal Constitucional español<sup>10</sup>. Sin em-

---

<sup>8</sup> Esta elección puede verse claramente en el momento inicial, al preferir casarse en forma canónica. No obstante, conviene apuntar que muchos matrimonios son realizados en esta forma no con la intención de acogerse el régimen matrimonial sustantivo canónico, ni por motivos culturales, sino más bien por razones culturales o tradicionales. En todo caso, no por eso ha de rechazarse el que muchos otros sí lo hagan con ese recto propósito, lo que nos podría llevar a establecer una cierta presunción *iuris tantum* de su real intención.

<sup>9</sup> Vid., OLLERO, A., «La engañosa neutralidad del laicismo», 2009. Disponible desde internet en <https://bit.ly/2CeBUdX>, [última consulta 12/12/2018].

<sup>10</sup> Particularmente interesante para el tema resulta el ATC 617/1984, en el que se desestimó un recurso de amparo presentado contra la disolución por divorcio civil de un matrimonio canónico.



bargo, existe también una dimensión positiva que invita al mantenimiento de las relaciones de cooperación entre los poderes políticos y las confesiones religiosas, como también ha sido recogido jurisprudencialmente (por todas, STC 46/2001, fundamento jurídico 4). De esta manera, la laicidad no impide –sino, al contrario, favorece–, que la indisolubilidad sea reconocida, dada la obligación a los poderes públicos de remover los obstáculos que dificulten la plenitud de la libertad, que en nuestro tema se traduciría en la libertad de los contrayentes que desean comprometerse para toda la vida. El Estado, en el marco de respeto a las libertades, concretamente en el de la libertad de creencias, puede permitir que los efectos religiosos tengan eficacia civil, no como una imposición de la legislación civil, sino como una necesidad para el pleno goce y disfrute de derechos en el ordenamiento jurídico.

Junto a las réplicas realizadas frente a los principales argumentos utilizados en defensa del extendido sistema de matrimonio disoluble, existen otras de quizá menor calado que quisieran dejarse, al menos, apuntadas.

De inicio, resulta del todo inapropiada la literalidad de la expresión utilizada en la norma civil (art. 85) «*El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma de celebración...*» si con ella se pretendía aplicar el divorcio a los matrimonios canónicos, dado que este no es una *forma* de celebración sin más, como resulta del art. 60 del citado cuerpo legal. Pero, más allá de ello, la aplicación del divorcio civil a los matrimonios celebrados *según las normas del Derecho canónico* contradice tanto el Derecho común en la materia (arts. 60.1 y 3, y 61 CC), como el compromiso adquirido en el Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado de español de 1979 (art. VI). En estos preceptos, al margen de la cláusula individual introducida por la Santa Sede en recuerdo a los contrayentes del valor permanente de su doctrina sobre el matrimonio y de la obligación de atenerse a sus propiedades esenciales (art. VI.3 AAJ), puede apreciarse claramente el reconocimiento estatal de efectos civiles a los matrimonios contraídos *según las normas canónicas* (tanto formales como sustantivas, al no hacerse distinción), desde el mismo momento de su celebración, sin perjuicio de su pleno reconocimiento una vez inscritos.

Otra suerte de consideraciones pueden estimarse en la criticada falta de rigor a la hora de presentar los datos de la existencia de numerosas parejas frustradas que demandaban una solución a su situación de crisis matrimonial; datos que, siendo la justificación de la introducción del divorcio, en ningún caso resultaron avalados por estadísticas oficiales. Igualmente, la parcialidad del argumento sociológico de adaptar la normativa a la realidad del pueblo español, el desequilibrio entre la razón que motivó el régimen instaurado y sus efectos jurídicos y sociales y la incongruencia entre la *ratio legis* y la amplitud con que

se perfilaron las causas de divorcio también provocaron el rebatimiento de las argumentaciones antes expuestas.

En última instancia, también fue objeto de importantes críticas la retroactividad con la que se reguló todo matrimonio como indisoluble en la Ley. Se alegó la vulneración del principio constitucional de irretroactividad de las leyes restrictivas de derechos individuales, recogido en el art. 9.3 CE, así como de las exigencias derivadas de los derechos adquiridos y la seguridad jurídica.

### 3. FORMULACIÓN DE PROPUESTAS ALTERNATIVAS

#### 3.1 Antecedentes al régimen dual optativo

Durante el debate parlamentario de la Ley 30/81 fue defendido por parte de algunos diputados y grupos parlamentarios españoles un régimen legal facultativo sobre el matrimonio que permitiera a los cónyuges, en orden a su disolución, optar por la fórmula que mejor se acomodase a sus convicciones. Fueron dos los tipos de propuesta que se realizaron<sup>11</sup>: uno, tendente a conseguir la tutela de la indisolubilidad del matrimonio canónico, para lo que se invocó el Acuerdo vigente entre la Iglesia católica y el Estado español de 1979; y otro, en amparo directo de la indisolubilidad con independencia de la forma de celebración, siempre que los cónyuges, en el momento de contraer, hubieran realizado un pacto de renuncia a su disolución<sup>12</sup>.

Este sistema de régimen facultativo o divorcio opcional fue también objeto de discusión en las Cámaras parlamentarias argentinas, con motivo de la reforma del régimen de familia llevada a cabo por la Ley 23.515, de 3 junio 1987<sup>13</sup>. Esta Ley introduce en el sistema matrimonial argentino –de matrimonio civil obligatorio– el divorcio vincular, y rechaza expresamente toda renuncia

---

<sup>11</sup> Cfr., DE FUENMAYOR, A., «El derecho a contraer un matrimonio civilmente indisoluble. El llamado divorcio opcional», en *Estudios de Derecho Civil*, Aranzadi, 1992, Pamplona. Disponible desde internet en '[http://www.mercaba.org/Codigo/Matrimonio/llamado\\_divorcio\\_opcional.htm](http://www.mercaba.org/Codigo/Matrimonio/llamado_divorcio_opcional.htm)', [última consulta, 3/12/2018]. El *Diario de sesiones* correspondiente (n.º 156, año 1981) puede consultarse en '[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L1/CONG/DS/PL/PL\\_156.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L1/CONG/DS/PL/PL_156.PDF)', [última consulta, 3/12/2018].

<sup>12</sup> Enmienda 197, con la adición de un párr. al art. 85 CC, *Diario de sesiones* n.º 156, año 1981, pp. 9682-83. Desde internet en '[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L1/CONG/DS/PL/PL\\_156.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L1/CONG/DS/PL/PL_156.PDF)', [última consulta, 7/12/2018].

<sup>13</sup> Sobre el tema, Cfr., ALESSIO, L., «La secularización del matrimonio en Argentina», en *Revista Española de Derecho Canónico*, 45, 1988, p. 275. Con anterioridad a la reforma, ya había sido defendido el sistema opcional en aquel país por VON USTINOV, H., «El Derecho fundamental al reconocimiento jurídico del vínculo matrimonial perpetuo e irrevocable», en *La Ley*, 1984, pp. 12-31.

de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir el divorcio al juez competente, así como también toda cláusula o pacto que restrinja o amplíe las causas que dan derecho a ejercitarlo (art. 230).

Igualmente, en los debates parlamentarios chilenos a la Ley 19.947 de Matrimonio Civil, de 17 de mayo de 2004, se alzaron voces contra el divorcio vincular y en defensa de la unión indisoluble de los cónyuges<sup>14</sup>. Particularmente, en dicha norma se instaure por primera vez el divorcio en este país, con el firme y declarado propósito de terminar con la utilización fraudulenta de la nulidad matrimonial para los casos de crisis entre los cónyuges –como si de un divorcio común encubierto se tratara–, y se consagra la cláusula de dureza en su art. 55.3, para mitigar sus posibles efectos nocivos.

Se trata, en definitiva, de varios intentos legislativos planteados en el seno de las comisiones legislativas de distintos Estados, significativos de la existente demanda de un reconocimiento civil de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, libremente elegida por los contrayentes, de manera opcional al régimen de divorcio vincular establecido. Las propuestas tuvieron el propósito de dilucidar la posibilidad de contrarrestar los efectos negativos de las crisis matrimoniales, a la vez que tutelar a aquellas uniones matrimoniales que se configuran conforme a valores familiares más tradicionales.

El tema, sin embargo, no constituye una novedad, sino que tiene manifiestos antecedentes en el diseño jurídico de diversos regímenes matrimoniales de algunos Estados. No obstante, puede decirse que quien primero ahondó en el propósito del doble régimen optativo de matrimonio disoluble o indisoluble, ofertando una fórmula transaccional que contentara a unos y otros, fue el jurista francés León Mazeaud (y su hermano, Henri)<sup>15</sup>, tras las discusiones sobre la ampliación de la Ley del divorcio francesa –entonces vigente– originadas tras la Segunda Guerra Mundial. Los hermanos Mazeaud propusieron una regulación civil que, con base en la creación de un sistema plural en una sociedad plural, acogiese con igual respeto los dos distintos regímenes matrimoniales predeterminados en cuanto a la disolución del vínculo. En todo caso, el silencio observado por los contrayentes sobre este aspecto se entendía como opción por el matrimonio di-

---

<sup>14</sup> Sobre el divorcio en la nueva Ley, puede consultarse TAPIA, M., «Nulidad y Divorcio en el Proyecto de la Nueva Ley de Matrimonio Civil», en *Revista de Estudios Públicos* n.º 82, 2002. Disponible desde internet en '[https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304092951/rev86\\_tapia.pdf](https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304092951/rev86_tapia.pdf)', [última consulta 1/12/2018].

<sup>15</sup> MAZEAUD, L., «Solution au problème du divorce», *Reccueil Dalloz-Sirey*, chr. 11, 1945, p. 11. Su propuesta se discutió en la Comisión de Reforma del Código Civil y fue defendida por su hermano Henri. No obstante, finalmente fue rechazada por 7 votos de diferencia (sesión de 5 de diciembre de 1947).

soluble, por lo que la indisolubilidad requería manifestación expresa<sup>16</sup>. De su fórmula es de destacar, entre otros aspectos, la búsqueda del reconocimiento de la indisolubilidad matrimonial a través de una opción netamente civil.

Del mismo modo, como se comentaba, varios ordenamientos recogieron este régimen dual, aunque, eso sí, básicamente unido al carácter confesional del país. Por tanto, el respeto a la indisolubilidad del vínculo por medio de una opción civil, tal y como buscaron los hermanos Mazeaud, no encontró reflejo normativo. En efecto, al tener concertado un régimen jurídico con la Iglesia católica, encontraba cabida en él la indisolubilidad, por medio del reconocimiento del matrimonio canónico con sus rasgos propios.

Tal es el caso de Portugal, desde 1940, con el Concordato firmado con la Iglesia católica –cuyo art. 24 contemplaba la renuncia implícita al divorcio que realizaban los cónyuges por el propio hecho de celebrar matrimonio canónico–, hasta 1975, en que dicha previsión dejó de ser bilateral y quedó reducida a una mera cláusula unilateral de la Santa Sede<sup>17</sup> –equivalente a la contenida en el art. VI.3 del AAJ de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede. De manera prácticamente idéntica se disponía en el Concordato de 1954 entre la Santa Sede y la República Dominicana (art. 15.2)<sup>18</sup>, y se confirmaba en los párrafos I y II del art. 1 de su Ley del divorcio de 1954, hasta que por vía judicial fue suprimida esta reserva. Por último, también en Colombia, el Concordato de 1973 reconocía implícitamente la indisolubilidad del matrimonio canónico

---

<sup>16</sup> Estas fueron las palabras con las que León Mazeaud formuló su propuesta: «[...] Así pues, ¡que cada cual elija! Dos matrimonios se ofrecen: uno de ellos, que podrá romper el divorcio; el otro que solo romperá la muerte. [...] Pero quien desee conservar el recurso del divorcio no tendrá tal vez siempre el valor de afirmarlo. No hay que obligar; no hay que formar a reclamar aquel recurso. El silencio observado por los contrayentes acerca de la indisolubilidad equivaldría al matrimonio disoluble. A los que quieren la indisolubilidad corresponde pedirla ante el encargado del registro civil. Tal es la solución al problema del divorcio; el matrimonio facultativamente disoluble. Nadie puede protestar; porque cada cual continúa siendo libre para unirse hasta la muerte o tan solo hasta el divorcio. Nadie protestará, salvo los hipócritas, que querrían, a la vez, prometer su vida y conservar la disposición de la misma.», MAZEAUD, L. 1945, «Solution...», loc. cit.

<sup>17</sup> Concretamente, se disponía que: «al celebrar matrimonio católico, los cónyuges asumen por este mismo hecho, ante la Iglesia, la obligación de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en particular, de respetar sus propiedades esenciales. La Santa Sede, al reafirmar la doctrina de la Iglesia católica sobre la indisolubilidad del vínculo matrimonial, recuerda a los cónyuges que contraigan matrimonio canónico el grave deber que les incumbe de no ejercitar la facultad civil de solicitar el divorcio». Actualmente, el nuevo Concordato de 2004 mantiene una fórmula similar en su art. 14.2.

<sup>18</sup> Rezaba así: «en armonía con las propiedades esenciales del matrimonio canónico, se entiende que por el solo hecho de la celebración del matrimonio canónico, los cónyuges renuncian a la facultad civil de solicitar el divorcio, por lo que no podrá ser aplicado por los tribunales civiles a los matrimonios católicos».

(art. 8)<sup>19</sup>, hasta la entrada en vigor de la Constitución colombiana de 1991, que determinó la aplicación uniforme de la Ley de divorcio a todos los matrimonios, incluidos los celebrados canónicamente (art. 42).

De igual modo, estos intensos debates han tenido eco en la doctrina científica. Con la expansión en los 70 de los sistemas matrimoniales de divorcio por causas objetivas se retomaría la tesis, esta vez defendida por varios juristas de nuevo con fórmulas no confesionales. Así, en Portugal lo hará De Azevedo, con su proposición de dos tipos de matrimonios civiles, uno disoluble y otro no<sup>20</sup>. Particularmente, en España, el máximo exponente en mantener esta postura fue Amadeo de Fuenmayor<sup>21</sup>, que justificaría la propuesta en el respeto que en una sociedad pluralista debe otorgarse a un sector de la población que concibe el matrimonio como unión perpetua y vitalicia.

Por último, algo más recientemente, la figura del *covenant marriage*, surgida en el régimen diseñado por algunos Estados<sup>22</sup> de los EEUU (advirtiéndose que en Norteamérica, la regulación del matrimonio pertenece a los distintos Estados de la Unión), en 1997, va a seguir una línea argumental en sentido similar. La *New Louisiana Covenant Marriage* facilitó a los contratantes la opción por un matrimonio que facilitase el mantenimiento de la indisolubilidad, siempre que hubiese venido precedido por una seria deliberación, fuesen plenamente conscientes de sus características y se comprometiesen a resolver sus desavenencias con la ayuda de expertos consejeros. Tras una expresa manifestación de los cónyuges en este sentido ante la autoridad competente, quedaban comprometidos a estar unidos durante el resto de sus

---

<sup>19</sup> En esta ocasión se disponía que: «*las causas relativas a la nulidad o a la disolución del vínculo de los matrimonios canónicos, incluidas las que se refieren a la dispensa del matrimonio rato y no consumado, son de competencia exclusiva de los Tribunales Eclesiásticos y Congregaciones de la Sede Apostólica*».

<sup>20</sup> DE AZEVEDO, H., «Morale/Divorzio: é dunque proibito essere», en *Studi Cattolici*, n.º 140, 1972, pp. 692-694, cit. en CORRAL TALCIANI, H., «La estabilidad matrimonial como objeto de protección convencional. Un análisis de la discusión sobre la indisolubilidad opcional», en la Nueva Ley de Matrimonio Civil, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. 92, Derecho, 2005, pp. 1-21.

<sup>21</sup> DE FUENMAYOR, A., El derecho a contraer..., loc. cit. Posteriormente, realiza un análisis más actual en DE FUENMAYOR, A., *Revisar el divorcio. Tutela de la indisolubilidad en un Estado pluralista*, Cuadernos del Instituto Martín de Azpilcueta, Pamplona, 2000, 73 pp. En su trabajo, de manera previa a su desarrollo, expone que el tema tiene una nota común –aunque los enfoques sean distintos–, la de permitir, en las legislaciones civiles que admiten el divorcio, la posibilidad de contraer matrimonio civilmente indisoluble.

<sup>22</sup> Concretamente, Luisiana, Arizona y Arkansas. La Cámara de Diputados de Virginia aprobó en 2003 un proyecto de *covenant*, pero finalmente fue votado negativamente en el Senado. Igualmente, proyectos semejantes se han presentado en gran parte de los Estados de la Unión (ej. Oregón o Texas). Información disponible desde internet '<http://www.divorcereform.org/cov.html>', [última consulta, 2/12/2018].

vidas, de manera que resultaba configurado el divorcio como una alternativa de carácter extraordinario, último recurso tras el intento de toda vía posible de solución. Es decir, quedaba abierta la vía de acudir al divorcio, aunque solo tras dos años de separación y constatándose el fracaso irremediable el matrimonio. Este sistema comparte el rasgo contenido en la fórmula de los hermanos Mazeaud de pretender instaurar el respeto a la indisolubilidad por medio de opciones no confesionales sino civiles.

En suma, las distintas experiencias comentadas, independientemente de sus diversos alcances y resultados, manifiestan la existencia de una verdadera demanda social que requiere del ordenamiento jurídico soluciones que acojan ambas concepciones o, en su defecto, devuelvan al matrimonio la estabilidad que con la aparición y desarrollo del divorcio se ha visto claramente perturbada.

Con estas premisas, conviene meditar sobre la posibilidad de establecer, en el actual régimen matrimonial español de divorcio vincular, bien la renuncia a la acción de divorcio mediante el pacto de cláusulas matrimoniales de indisolubilidad o mayor estabilidad matrimonial, o bien alguna otra fórmula alternativa que contemple ambas concepciones matrimoniales en alguna medida.

### 3.2 Renuncia a la acción de divorcio mediante pacto de indisolubilidad

En España, el pacto conyugal de renuncia a la acción de divorcio no aparece expresamente recogido en la legislación<sup>23</sup>. Por ello, entiendo que su permisón o prohibición será fruto de la adecuada conjugación entre la aplicación del régimen jurídico previsto para el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad de las partes y los límites a la exclusión de la ley aplicable y renuncia de derechos. La cuestión girará, por tanto, en torno a si dicho pacto contraviene alguno de esos límites y, en su caso, en qué medida.

Particularmente, la norma base acerca de la autonomía de la voluntad y las limitaciones a su ejercicio se encuentra en el art. 1255 CC, en la que se dispone que *«Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público»*. Por tanto, son tres los límites generales establecidos: la ley, la moral y el orden público. Respecto a la renuncia de derechos, es el art. 6.2 CC el

---

<sup>23</sup> En realidad, hasta la Ley 14/1975, de 2 de mayo [BOE n.º 107, de 5 de mayo de 1975], la posibilidad de pactar entre los cónyuges estuvo prohibida. Esta Ley determinó la capacidad jurídica de la mujer para actuar en el tráfico jurídico económico sin representación de su marido, lo que posibilitó la aparición de esta figura.

que configura como obstáculos insalvables para su validez el interés o el orden público y la ausencia de perjuicio a terceros. Se incide, pues, en el orden público, y se añade el necesario respeto a terceros de buena fe.

Antes de entrar en su análisis, conviene precisar que la renuncia a la acción de divorcio no resulta una cuestión hipotética que solo merezca la pena cuestionarse en un plano meramente teórico. De hecho, conoce de algún precedente jurisprudencial, como el pronunciado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina –el 5 de febrero de 1998–, sobre el que conviene hacer un alto.

En suma, se trata de la demanda de renuncia a la acción de divorcio presentada por el matrimonio *Franzini-Sisto*, de manera previa a la celebración de su matrimonio. En sede administrativa y en todas las posteriores instancias judiciales les fue rechazada la posibilidad. Finalmente, la Corte Suprema denegó el reclamo por 7 votos en contra, frente uno solo a favor. Las razones del rechazo fueron en la línea de considerar la voluntad de irrevocabilidad del vínculo dentro del fuero interno de los contrayentes –sin posibilidad de proyección a categoría normativa general–, y la discriminación que su admisión provocaría con respecto a aquellos que, situados en situación similar, quisieran eludir todo sometimiento a la ley matrimonial argentina. No obstante, conviene recordar que en aquel país, de manera diversa a lo que sucede en España, el art. 230 y concordantes de la Ley 23.515 consagran un sistema irrenunciable de manera *expresa*, disponiendo que las cláusulas que lo modifiquen serán nulas. Esta concreta regulación hace poco extrapolables los términos al régimen español.

Retomando el tema de la posibilidad de renunciar a la acción de divorcio mediante un pacto de indisolubilidad, se parte de la premisa de que la autonomía de la voluntad de los cónyuges no puede ser absoluta. El matrimonio, de hecho, no es resultado de la mera autonomía de la voluntad sin más, sino más bien producto de la adecuación entre lo pretendido por sus contrayentes y lo prescrito en el ordenamiento jurídico (aparte la cuestión de sus rasgos naturales). Es más, es el Derecho el que no solo reconoce la voluntad de las partes, sino que la protege y la hace verdaderamente posible.

En este orden de cosas, puede decirse que todos los ordenamientos jurídicos contemplan la protección de determinados bienes jurídicos de interés común o general (la salud, la vida, la seguridad, etc.), no pudiendo permitir su vulneración aun mediando una conducta genuinamente voluntaria por parte del sujeto al que se le priva (o que voluntariamente quiere privarse) de dichos intereses asegurados. La libertad o autonomía, en este contexto, se encuentra a su servicio. Trasladándolo al ámbito matrimonial, se traduce en que gran cantidad de normas

de Derecho de familia son de orden público, de ahí que se predique de ellas su imposible renuncia. No obstante, es evidente que no lo son todas; es más, la articulación de la autonomía de la voluntad juega un papel claramente importante en esta materia. Sin embargo, particularmente, en el caso del contrato matrimonial, resulta ser que lo que conviene precisamente tutelar es su propia existencia y estabilidad, en orden a propiciar el entorno más favorable al libre desarrollo de la personalidad de sus integrantes. Es por este motivo por lo que considero evidente que la renuncia al ejercicio del divorcio no atenta contra dicha estabilidad –ni contra la propia institución matrimonial–, por cuanto la lleva a su mayor grado de protección y durabilidad. Queda así, por tanto, salvado el primer escollo al posible pacto de indisolubilidad.

A mayor profundidad, entraría en discusión la consideración del divorcio como un verdadero derecho y, en su caso, su carácter irrenunciable o no. Ya se mencionó con anterioridad que, en realidad, podría defenderse que el derecho al divorcio no existe como tal, toda vez que se haya elegido libremente contraer matrimonio indisoluble. En sentido similar se pronuncia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia *Johnston y otros c. Irlanda*<sup>24</sup>, al afirmar que no puede deducirse del art. 12 de la Convención de Roma un derecho al divorcio incluido en la propia noción de matrimonio, a la vez que sostiene como acordes al referido texto normativo, las legislaciones que mantengan el matrimonio como indisoluble o establezcan restricciones al divorcio. Por tanto, como ya afirmara Navarro Valls, «*si la propia ley civil puede establecer la indisolubilidad matrimonial en todo caso, es evidente que la voluntad humana puede autodeterminarse –caso a caso– a limitar los márgenes de autonomía en un contexto ampliamente permisivo del divorcio*»<sup>25</sup>. El desafío, en este entorno, consistirá en trasladar la tarea de lograr la permanencia del vínculo, desde los mínimos establecidos por el legislador, a los máximos que las partes puedan libremente pactar.

De manera simplificada, podría decirse que la propia legitimidad de la que goza la voluntad de un cónyuge para poner término a su alianza matrimonial sirve de fundamento a la libertad de los contrayentes para acordar conjuntamente su renuncia, máxime cuando esta se halla en concordancia con las finalidades propias del pacto conyugal. En efecto, si se reconoce el divorcio consensuado y unilateral, sin causa alguna que lo justifique –salvo el mero

---

<sup>24</sup> Sentencia de 18 de diciembre de 1986, *Publications de la Cour*, Serie A, vol. 112 § 53, pp. 25 y ss.

<sup>25</sup> NAVARRO VALLS, R., «Matrimonios blindados», en *Aceprensa*, 1997. Disponible desde internet en '<https://www.aceprensa.com/articulos/matrimonios-blindados/>' [última consulta, 5/12/2018].



hecho de no querer seguir estando casados—, se razona que, a través de pactos jurídicamente lícitos y eficaces, la voluntad de los contrayentes pueda diseñar un matrimonio indisoluble o, en su caso, lo más estable posible. Esta lógica jurídica habilita a poder contraer matrimonio indisoluble renunciando de manera pactada al ejercicio del divorcio pues, de lo contrario, se incurriría en una clara incoherencia. Así, como de nuevo ha expresado Navarro Valls (citando a D'Agostino), son obvias las «*contradicciones que se ocultan en un Derecho de familia que, por un lado, afirma la “omnipresencia del querer”, es decir, del subjetivismo exasperado, y, por otra, se autorrefuta por no lograr en el plano de los principios “garantizar aquella total libertad que proclama como derecho de todos”*»<sup>26</sup>.

De esta suerte, resulta sencillo mostrar la incongruencia que se produce en aquellos que fundamentan el divorcio sobre la base de la libertad individual de poder romper el vínculo cuando, por voluntad, ya no se desee mantener y, en cambio, no guardan el mismo grado de autonomía a la hora de permitir construirlo. Sin embargo, con este argumento se incurre en el riesgo de elevar el individualismo o la autonomía privada a valor supremo y absoluto en materia matrimonial lo que, a la postre, derivaría en un quizá peor e indeseable efecto: la entrega de la configuración y contenido del matrimonio a la libre voluntad de los cónyuges<sup>27</sup>, obviando sus innatos y naturales rasgos.

Nuevamente, se vuelve sobre la importancia de la noción de matrimonio y la conciencia que se tenga respecto a sus elementos esenciales, de manera que, la divergencia existente es la que realmente subsiste en orden a admitir o no la opción de los pactos de indisolubilidad. En este sentido, los que conciben el matrimonio como una mera unión libre y afectiva entre dos personas, con ciertos visos de estabilidad o permanencia, no encontrarán obstáculo para considerar que el divorcio deba permanecer siempre, como elemento de orden público, por lo que no cabría su renuncia; sin embargo, aquellos que entiendan que la unión matrimonial conlleva un acto de voluntad de entrega y aceptación mutua y recíproca, factible de ser libremente prometido y, por tanto, debido en justicia de manera firme e indisoluble, entenderán que es posible admitir la renuncia de su ejercicio, con el fin de garantizar diferentes formas que aseguren la estabilidad del vínculo, precisamente por iguales razones de orden público.

---

<sup>26</sup> NAVARRO VALLS, R., «Matrimonios blindados...», loc. cit., citando a D'AGOSTINO, F., *Elementos para una filosofía de la familia*, Madrid, 1991, p. 126. Disponible desde internet en '<https://www.aceprensa.com/articles/matrimonios-blindados/>', [última consulta, 5/12/2018].

<sup>27</sup> En este sentido, CORRAL TALCIANI, H., «La estabilidad matrimonial como...», loc. cit., pp. 35 y ss.

Esta diferencia en la noción, para algunos<sup>28</sup>, deriva en la imposibilidad de su conciliación, por lo que manifiestan que, en realidad, solamente existen dos posibles opciones en una alternativa: proteger la indisolubilidad del matrimonio o aceptar su pérdida de configuración natural, convirtiéndolo en una realidad rescindible a voluntad y sin límite. En esta línea, se dispone que «*en esta materia no hay términos intermedios: no existe el ‘piccolo divorzio’, querido por los italianos. Necesariamente debe optarse entre protección de la perpetuidad del vínculo o disolución abierta y discrecional*», para finalmente concluir con que «*de estas dos opciones: proteger la indisolubilidad o establecer ‘el divorcio a voluntad’, la primera es la única compatible con el mantenimiento y protección del matrimonio y la familia*»<sup>29</sup>.

En cualquier caso, no se pretende en estas líneas discutir la vigencia del divorcio para los supuestos en los que libremente no se escoja –o se rechace– la indisolubilidad del matrimonio, por lo que, admitida su existencia (aunque no se incluya en la noción matrimonial), la condición de irrenunciable es la que resulta objeto de debate. Por tanto, la propuesta parte de la posibilidad de opción, pero dentro del régimen común de matrimonio civilmente disoluble. A mi juicio, entiendo que no existe oposición de los compromisos matrimoniales de por vida con los límites legales predeterminados: si dos personas contraen indisolublemente, de manera recíproca, fruto de una decisión libre y autónoma, no se verifica transgresión alguna a ningún derecho de terceros, o vulneración de la moral u orden público protegido por la ley<sup>30</sup>. Es más, es la posible ruptura del vínculo la que supondría una ausencia de compromisos que conllevaría, en última instancia, el condicionamiento a la libertad de pactar y el rechazo a cumplir con lo acordado.

A colación de lo afirmado, resulta original la tesis manejada por Pedro J. M.<sup>a</sup> Chiesa<sup>31</sup>, en su ponencia presentada en Argentina, en el año 2011, con mo-

<sup>28</sup> En este sentido, CORRAL TALCIANI, H., «La estabilidad matrimonial como...», loc. cit., pp. 35 y ss.; *Ibidem*, «Indisolubilidad matrimonial y divorcio ante el derecho civil», en *Revista chilena de Derecho*, vol. 19, n.º 1, p. 52.

<sup>29</sup> CORRAL TALCIANI, H., «Indisolubilidad matrimonial...», loc. cit., pp. 51-52.

<sup>30</sup> Resulta interesante el argumento dado en las Cámaras parlamentarias argentinas por el diputado Luksic, al determinar que la acción de divorcio pertenecía exclusivamente a los cónyuges, por lo que claramente podían disponer de ella por medio de su renuncia. Añade que, al introducirse el divorcio por mera voluntad, el matrimonio deja de ser materia de derecho público para pasar a regirse por los principios del derecho privado de autonomía de la voluntad. En ese nuevo contexto, no puede aducirse que la renuncia de la acción de divorcio vaya contra el orden público. Cfr., CORRAL TALCIANI, H., «La estabilidad matrimonial...», loc. cit., p. 13.

<sup>31</sup> Abogado por la Universidad Nacional de Buenos Aires, doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Córdoba y licenciado y doctor en Filosofía por la Pontificia Universidad de la Santa Cruz (Roma). De manera más exhaustiva, trató el tema en su tesis doctoral, defendida ante

tivo de las Décimas Jornadas Académicas de Derecho canónico, en la que contrasta el argumento dado por quienes rechazan los pactos de indisolubilidad por inconstitucionales con la posibilidad de suprimir la propia vida por medio del suicidio voluntario y ponderado (eutanasia), tachándolo de *hipócrita falacia*. Así, se alega por aquellos que la renuncia a la disolubilidad del matrimonio coarta la libertad de contraer matrimonio hacia el futuro, ya que la imposibilidad de volver a casarse provocaría que este derecho se agotase en un solo ejercicio. Ante ello, el autor replica, por un lado, que la actitud nupcial se recupera en todo caso con la viudez y, por otro, el incoherente trato en relación con otras libertades, como es el aludido caso de la eutanasia o suicidio asistido que, paradójicamente, puede llegar a admitirse, aun siendo evidente que el daño es absoluto e irreversible, ya que de ninguna manera quien se suicida o solicita su muerte puede ejercer de nuevo dicho derecho ni ningún otro.

Concluye en su argumentación con la diferencia entre la libertad como potencia (capacidad de elección) y como acto (elección hecha), para concluir que habría que tomar posición en la defensa de «*la libertad como acto de elección conforme a la propia naturaleza*», en cuanto que, en la dependencia que entrañan los compromisos ordenados al recto desarrollo de la naturaleza no se halla límite alguno, sino la propia base de su existencia y desarrollo. Como ejemplo, alude a un instituto jurídico civil perfectamente trasladable a nuestro ordenamiento jurídico: la emancipación (libertad o autonomía) del menor. En efecto, la comprensión de la libertad como capacidad para asumir compromisos acordes con el bien común se recoge en la capacidad que el Derecho confiere a los menores emancipados –libres– de poder obligarse voluntariamente en ámbitos en los que solo se reconoce a los mayores. Por tanto, los vínculos indisolubles, lejos de privar de libertad, suponen una capacidad de compromiso manifestada en su más alto grado de desarrollo y ejercicio. De manera añadida, aportan certidumbre a la relación conyugal y a las obligaciones que se contraen con respecto al otro, a los hijos y a la sociedad en general.

En definitiva, a la vista de lo expuesto, solo de la infracción de los límites impuestos por la ley a la autonomía de los contrayentes –fácilmente reconducidos al orden público– derivaría su posible inadmisión. Por ello, resulta conveniente centrar la atención en la autonomía privada de los contrayentes para que pueda llegar a plantearse si, bajo este principio, se acoge una concepción positiva que otorgue operatividad en el ordenamiento jurídico a lo establecido por las partes con su legítimo ejercicio.

---

la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba: *El derecho a la protección constitucional de las opciones matrimoniales definitivas* (28-IX-2010).

Partiendo de la concepción doctrinal que de dicha autonomía hace la profesora Combalía Solís<sup>32</sup>, y de su delineamiento como principio del Derecho, se aprecia que hablar de autonomía no significa hablar de «*un lugar sin ley*», pues precisamente, «*por ser un principio jurídico, nos introduce de lleno en el mundo del Derecho [...]. Así, dispone la autora que, su «configuración positiva conecta con los postulados democráticos de tutela y promoción estatal de los derechos y libertades del ciudadano» y, a su vez, deja sentado que es «consecuencia de la dignidad y libertad de la persona humana»*<sup>33</sup>. La importancia de lo dicho se extrae del siguiente planteamiento: el principio de autonomía privada exige no solo la libertad para contraer matrimonio –civil o religioso– conforme a las propias convicciones, sino también que el matrimonio así contraído goce de la plena tutela legal del Derecho. Bien es cierto que la noción de estado conyugal es compartida por las regulaciones matrimoniales estatales y por la mayoría de las confesionales, lo que permite que los matrimonios religiosos celebrados conforme a sus normas se acepten por el Estado como vías de acceso al estado civil de casado. Pero no lo es menos que cuando se desciende a las singularidades que rigen sustantivamente los matrimonios religiosos, concretamente en lo que a la propiedad esencial de la indisolubilidad nos interesa, la diferencia se hace mayor y, a veces, insalvable. Así, cuando dos personas deciden contraer matrimonio indisoluble, y prestan su consentimiento, lo hacen sobre una realidad distinta a la que se les asigna mediante la atribución imperativa de la posibilidad de divorcio, que afecta a la propia estructura del matrimonio en origen contraído. Cabalmente, esa realidad resulta digna de ampararse jurídicamente en ejercicio de la autonomía privada y el orden público. Es este, en su aspecto positivo, el que reclama que esa pretensión de los cónyuges sea acogida por el legislador ordinario, posibilitando y defendiendo con ello el efectivo ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. Por tanto, pretender imponer a todos los ciudadanos un único modelo matrimonial, sin admitir un amplio margen de libertad acorde con el derecho a casarse, atenta contra el principio constitucional de libertad religiosa e ideológica (art. 16.1 CE)<sup>34</sup>.

En resumen, si, por un lado, ni la renuncia al ejercicio del divorcio atenta contra la estabilidad ni la institución matrimonial –más bien, al contrario, conlleva un mayor grado de protección y durabilidad–, ni el divorcio se configura como derecho incluido en la noción propia de matrimonio, y, por otro, tampoco se verifica infracción alguna de los límites establecidos por la ley a la auto-

---

<sup>32</sup> COMBALÍA SOLÍS, Z., *La autonomía privada...* ob. cit.

<sup>33</sup> *Vid., Ibidem*, pp. 35-36.

<sup>34</sup> Cfr., FERRER ORTIZ, J., *El matrimonio canónico en el ordenamiento español*, Pamplona, 1986, p. 85.

mía de los contrayentes, perfectamente podría ampararse en el actual diseño del sistema matrimonial la facultad de excluir la ruptura vincular.

A lo sumo, si se entendiese el divorcio como un derecho de los cónyuges a no seguir estando casados –en cuanto opción legítima que con igual libertad podría acogerse–, sería posible defender su consideración como derecho inalienable (no así, irrenunciable), con lo que su titular no podría despojarse de él pero sí comprometerse a su renuncia, al menos durante un tiempo (el que durara el matrimonio, ya que, tras la muerte de uno de los cónyuges, el otro recuperaría el derecho a contraer y, en su caso, a ejercitar el divorcio al que se renunció, en su nueva relación). En última instancia, puede asimilarse al supuesto de pertenencia a una sociedad o asociación<sup>35</sup>, en la que nadie puede ser obligado a permanecer de por vida, pero sí renunciar de antemano a ejercer su derecho de separarse, aunque sea por un cierto tiempo. De esta forma, si incumple su compromiso, no sería en ejercicio de su derecho a «no estar integrado en ella para siempre», sino en transgresión de una obligación previamente adquirida, por lo que deberá remediarla, en su caso.

Me parece importante hacer de nuevo una parada en esta cuestión –que enlaza directamente con los siguientes apartados en los que se tratarán las cláusulas penales y algunas otras propuestas–, pues precisamente, en mi opinión, puede ser la mayor traba que deba franquearse en la admisión de pactos de indisolubilidad matrimonial. En efecto, cabría preguntarse qué sucedería –en la práctica– en el caso de aquellos cónyuges que, pese a que en un momento inicial renunciaron al ejercicio de la acción de divorcio, cambiasen de opinión y solicitasen amparo legal para ejercitar la demanda de ruptura vincular; y, de igual manera, qué pasaría si solo es uno el que se arrepiente de su decisión. Dos principales posibilidades se me ocurren (probablemente, de otras muchas): de un lado, no permitirlo, de manera que no pudieran (o pudiera) acogerse a los efectos civiles de disolución del vínculo, quedándoles únicamente, para los supuestos de fracaso irremediable en la relación, la opción de la separación conyugal<sup>36</sup>; o, de otro, ampararlos en su pretensión, entendiendo el divorcio como instrumento a utilizar solo en supuestos extremos y, en todo caso, resarcido el daño moral y material infringido. Si bien a favor de la primera opción

---

<sup>35</sup> Así se manifiestan PEÑA, L. y AUSÍN, T., al considerar la existencia de ciertos derechos que sin ser totalmente irrenunciables son inalienables, en su artículo «El principio de autonomía y los límites del consentimiento», en Acero, J. J *et alii* (ed.), *Actas del III Congreso de la Sociedad Española de Filosofía analítica*, Granada, 2001, p. 254. Disponible desde internet en '<http://digital.csic.es/bitstream/10261/10816/1/granada.pdf>', [última consulta 28/12/2018].

<sup>36</sup> Comparte esta opinión A. de Fuenmayor cuando dispone que, una vez asumida la opción por el matrimonio indisoluble, es irrevocable por imperativo legal; en DE FUENMAYOR, A., *Revisar el divorcio. Tutela de la...* ob. cit.

se encuentra, a título de ejemplo, la plena vigencia en el ordenamiento jurídico del consentimiento irrevocable dado en la determinación de la filiación adoptiva, en apoyo de la segunda pudiera aducirse el propio tratamiento jurídico de la libertad religiosa, en cuanto que, si en su virtud una persona que profesa una determinada creencia puede abandonarla, rechazarla o cambiarla<sup>37</sup> –libremente y con el amparo del ordenamiento jurídico–, de igual manera, aquel que contrae matrimonio de manera indisoluble podría modificar su parecer e igualmente verse amparado en él por el Derecho. Por supuesto, sin que ello obste a la posible reparación del perjuicio ocasionado con respecto al otro cónyuge, a los hijos y a la sociedad en general. No obstante, se observa gran dificultad para concordar la noción de libertad defendida en este trabajo, íntimamente relacionada con la idea de asumir responsablemente los compromisos vitales adquiridos y sus consecuencias, con la amplitud con la que se entendería en esta segunda opción (en la que comprendería la posibilidad de la revocación del consentimiento así prestado) y, a su vez, trasladarla a toda opción libremente expresada, sea o no de naturaleza confesional.

Ante estos problemas prácticos, quizá la solución más equitativa resulte de concordar ambas nociones matrimoniales (matrimonio disoluble o indisoluble), en la búsqueda de lo común que compartan. En esta línea, habrá que admitir que no hay motivos de orden público ni limitaciones de la autonomía de la voluntad que puedan oponerse al pacto libre y responsable de indisolubilidad (o, en su caso, de mayor estabilidad) de los contrayentes, como no existe posibilidad de imponer un régimen de indisolubilidad a aquellos que conciban el matrimonio como unión expuesta a las contingencias temporales, sin vulnerar su libertad. Ello no resultaría discriminatorio en la medida en que el planteamiento parta de un acceso igualitario a uno u otro régimen jurídico, sin necesidad de vincularse la opción a la profesión de credo religioso alguno.

En definitiva, la falta de objeciones de orden jurídico para admitir acuerdos libres y responsables en orden a dotar de estabilidad –absoluta o limitada– al matrimonio, repercute, por ende, en la familia que se quiere construir y que merece plena tutela según el propio texto constitucional (art. 39 CE). Es más, en el propio Derecho de familia diseñado en nuestro ordenamiento jurídico hay ejemplos de elección entre regímenes distintos, en este caso, en el plano patrimonial, sin que se sostenga por ello una contravención de las normas de orden público. Así, se faculta a los contrayentes para escoger, bien antes de contraer matrimonio o bien durante la propia convivencia conyugal, entre un régimen de

---

<sup>37</sup> En este sentido se manifiesta el art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el art. 9 del Convenio de Roma de 1950, el art. 10.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 y el art. 2.1 de la Ley Orgánica de Libertad religiosa de 1980.

separación de bienes o uno de sociedad de gananciales, quedando siempre a salvo la igualdad entre los cónyuges. La equiparación en el tratamiento jurídico al tema de la indisolubilidad que aquí se plantea, en última instancia, permitirá a los cónyuges adoptar un compromiso serio y responsable y asumir mayor responsabilidad frente al núcleo familiar que forman.

La elección de régimen –matrimonio disoluble o indisoluble–, de nuevo, aparece como la solución mejor y más respetuosa con el coincidente rasgo de la estabilidad, apreciado como valor jurídico por ambas concepciones matrimoniales. En cuanto a los problemas prácticos aludidos, no suponen la absoluta negación al posible reconocimiento de la validez de pactos matrimoniales, pero apuntan en la dirección de que su contenido sea más de estabilidad que de propia indisolubilidad matrimonial y, en todo caso, apremian a la búsqueda de alguna otra fórmula alternativa que contemple igualmente ambas concepciones matrimoniales en alguna medida. En esa línea se plantean los siguientes últimos apartados.

### 3.2.1 *Pacto de estabilidad matrimonial*

En orden a alcanzar la pervivencia del vínculo conyugal, no ya por miedo de un pacto previo de indisolubilidad, sino con lo que ha venido a denominarse «pacto de estabilidad» o «limitativo del divorcio», se prevé esta otra posible propuesta. Consiste en la posibilidad de que, por medio de la voluntad privada de los contrayentes, se asuma una concepción jurídica matrimonial que, sin negar la posibilidad de disolver el vínculo por medio del divorcio, obstaculice prudentemente su ejercicio. La decisión, como viene razonándose, no exige ser fruto de concepción religiosa alguna.

La propuesta, fundamentalmente, persigue proteger la sustantividad de los regímenes predeterminados para cada matrimonio, como consecuencia de la libre elección realizada por los contrayentes en el momento de la celebración. Con un acuerdo en el sentido apuntado, se dota de una mayor estabilidad al vínculo conyugal, adquiriendo una firmeza cercana a la indisolubilidad. En buena lógica, si defendible ha resultado la opción del pacto irrevocable de indisolubilidad, con mayor motivo se evidencia posible el acuerdo que dificulte el acceso a la ruptura vincular o su ejercicio, proporcionando una mayor firmeza al vínculo.

Esta opción encuentra su refrendo en la común exaltación que de la estabilidad –como valor jurídico– se realiza tanto en el ordenamiento civil como el canónico, así como en cualquier en cualquier otra concepción matrimonial que

se tenga. Este rasgo sirve de punto de encuentro. Las ventajas en orden a propiciar una mejor atención, educación e integración social de los hijos no resultan discutidas. Pero, no solo para ellos, sino también para todos los demás integrantes de la familia y, en general, para el bienestar de toda la sociedad. Por ello, establecer cláusulas o pactos que persigan garantizar la firmeza del vínculo matrimonial libremente contraído se delimita, no como un obstáculo a la voluntad de las partes –por cuanto les dificulta o imposibilita, según los casos, a dejar de estar casados a voluntad–, sino como verdadera facultad que la ley despliega a su disposición.

En este orden de cosas, la limitación del divorcio vincular mediante estos acuerdos puede realizarse de varias formas, atendiendo al diferente contenido que se les otorgue: desde restringir las causas para su solicitud o suprimir alguna de ellas, hasta dificultar o retardar los trámites de acceso exigiendo largos plazos o legitimaciones más estrictas. Resultan del todo interesantes y significativas a este respecto las hipotéticas cláusulas que, a modo de ejemplo, nos deja señaladas Pedro José María Chiesa<sup>38</sup>, mediante las que no se podrá decretar el divorcio: sin el consentimiento del otro cónyuge (se suprime, pues, el divorcio unilateral); mientras convivan en el hogar familiar hijos menores de edad; hasta una vez transcurridos por duplicado los plazos ordinarios establecidos por la ley; sin previo proceso conciliador o mediador frustrado, etc. Los supuestos son infinitos, dejando a salvo siempre el derecho de igualdad entre los cónyuges y demás límites generales impuestos a la voluntad privada.

En definitiva, la admisión de pactos con cláusulas matrimoniales limitativas del ejercicio del divorcio conjuga lo común de ambas concepciones matrimoniales –su interés por la estabilidad del vínculo– y solventa los posibles problemas prácticos antes mencionados, en cuanto que configuran el divorcio como opción excepcional susceptible de accionar solo en determinados casos.

### 3.3 Otras fórmulas

Apuntada la propuesta más comúnmente debatida del pacto de indisolubilidad –y su modalidad de estabilidad–, hipótesis de la que parte este trabajo, se trataría ahora de formular otras posibilidades también dignas de tratamiento en orden a tutelar el respeto por la sustantividad propia de los diferentes regímenes matrimoniales existentes en España y a velar por la estabilidad del

---

<sup>38</sup> MARÍA CHIESA, P. J., «Sobre el reconocimiento civil de la indisolubilidad del matrimonio canónico», San Juan, Argentina, 2011, pp. 6-7. Disponible desde internet en <https://bit.ly/2FkYXI5>, [última consulta, 26/12/2018].



vínculo. Principalmente, son dos las fórmulas a las que se hará referencia: la cláusula penal y la indemnización por daños. Junto a ellas se mencionará alguna otra, como el abuso de derecho o la posibilidad de entrada en juego de la cláusula *rebus sic stantibus*.

### 3.3.1 Cláusula penal

A la vista de las consideraciones realizadas en torno a la posibilidad de que los cónyuges realicen un pacto de renuncia a la acción de divorcio o, en su defecto, de restricción en su ejercicio, ha podido constatarse que en cuanto a la admisión de la mera posibilidad de pacto no parece existir inconveniente legal alguno<sup>39</sup>. El problema se ha planteado en relación con su contenido. Por tanto, lo que para no pocos resulta impugnabile es la viabilidad de convenir sobre derechos considerados irrenunciabiles (como, por ejemplo, el divorcio).

En esta línea argumental, no resulta complicado conjeturar acerca de la facultad de llevar a cabo dichos pactos con plena eficacia jurídica, de manera previa a la celebración matrimonial, con un contenido diverso al de la renuncia del divorcio. Ya se ha apuntado un ejemplo en relación con las cláusulas de estabilidad matrimonial. El propósito de estos pre-acuerdos, a la vez que fundamento, sería el de poder disponer de las consecuencias económicas –y personales– de su unión en caso de incumplimiento o cumplimiento imperfecto.

De manera particular, la cláusula penal es una estipulación accesoria a un contrato u obligación jurídica principal, mediante la que las partes se comprometen, en caso de su incumplimiento o de cumplimiento defectuoso (cláusula compensatoria) o tardío (cláusula moratoria), a satisfacer cierta prestación-pena<sup>40</sup>, generalmente pecuniaria<sup>41</sup>, a modo de garantía.

---

<sup>39</sup> Aunque los que celebran estos acuerdos suelen no ser aún cónyuges, es común argumentar su admisión con base al art. 1323 CC que, al disponer el régimen económico matrimonial del matrimonio, establece que «los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos», o con la premisa más general del art. 1255, que establece los límites a esa capacidad de pactar (la ley, la moral y el orden público).

<sup>40</sup> La STS de 21 de febrero de 1969 [RJ 967] precisa que «aunque la cláusula penal en sentido amplio consiste en una estipulación añadida al contrato, por la cual se establece una prestación, generalmente pecuniaria, que el deudor promete para el supuesto de que no cumpla la obligación principal, o cumplirla contravenga su tenor, en sentido estricto solo merece ese nombre –según la doctrina científica–, cuando se estipula que el acreedor puede pedir el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena –pena conmutativa– [...]».

<sup>41</sup> El CC utiliza reiteradamente el término «pena», pero sin especificar más su contenido: art. 1.152 «la pena sustituirá», «solo podrá hacerse efectiva la pena»; art. 1.153, «no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena», «la satisfacción de la pena»; o art. 1.154, «modificará equitativamente la pena». En cambio, la doctrina sí que se ocupa de enumerar algunos su-

En materia matrimonial, en conexión al tema de la indisolubilidad que se trata, la cláusula –con referencia expresa tanto al supuesto de incumplimiento del deber de vivir y permanecer unidos, como el de guardarse fidelidad o socorrerse mutuamente (arts. 67-68 CC y cc. 1055-1056 CIC)– prohibiría acabar con el vínculo conyugal salvo que se arrostrase la ejecución de la sanción en ella acordada. Entiendo que se trataría, pues, de una cláusula penal sobre una obligación de no hacer<sup>42</sup>, referida a no accionar la demanda de divorcio vincular. Así, en caso de ejercitarse por uno de los cónyuges la acción de divorcio (sea o no con «justa» causa<sup>43</sup>), deberá satisfacerse una pena a favor del otro cónyuge, por el incumplimiento de la indisolubilidad propia del contrato matrimonial contraído y demás deberes adquiridos<sup>44</sup>.

Como características<sup>45</sup> principales pueden mencionarse su carácter accesorio respecto de la obligación principal, la especificidad, en cuanto garantiza una o varias obligaciones concretas, y la subsidiariedad, ya que solo es exigible cuando se produce el incumplimiento de esa determinada obligación. Igualmente, son tres las funciones básicas que se les reconocen: la garantizadora (en cuanto persuaden del incumplimiento y, de alguna manera, aseguran su cumplimiento), la

---

puestos, como la pena consistente en entregar una cosa o en perder un derecho, *vid.*, ALBALADEJO, M., *Derecho civil, II, Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2002, p. 260: «o bien, las partes en un contrato acuerdan que si una de ellas incumple cierta obligación sufrirá la pena de perder algo que la otra le debe por distinto concepto».

<sup>42</sup> En este sentido, en cuanto al momento exacto para determinar la eficacia de la pena que recae sobre una obligación de no hacer, *vid.* SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, t. IV, Madrid, 1899, p. 104. El autor establece que en «[...] el caso de las obligaciones consistentes en no hacer, [...] la accesoria penal será exigible desde el momento en que se realice el hecho prohibido, cualesquiera que fueren sus consecuencias».

<sup>43</sup> En este sentido se manifiesta ALBALADEJO, M., «De las obligaciones con cláusula penal», en Albaladejo, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XV, vol. 2, Arts. 1.125 a 1.155, 1983, p. 470, al disponer que «La pena, en principio, es exigible solo por incumplimiento o cumplimiento defectuoso que, según las reglas del Código, sea imputable al deudor; pero, por excepción, también es exigible cuando el deudor, aun sin ser culpable, sea responsable por ley o por pacto».

<sup>44</sup> Resulta interesante a este respecto uno de los argumentos aducidos a favor del pacto de indisolubilidad en el debate suscitado en el Congreso chileno con motivo de la aprobación de la Ley de Matrimonio civil de 2004, en la línea de exigir la autenticidad y transparencia del compromiso. Así, el diputado Paya señalaba que «[...] si se niega la posibilidad de renunciar al divorcio, nos encontraremos con que ante el oficial del Registro Civil, el contrayente dirá una cosa –que se casa para toda la vida, pues así lo siente–, pero firmará un papel que señala hasta que se arrepienta...», en CORRAL TALCIANI, H., «La estabilidad matrimonial como...», *loc. cit.*, pp. 19-20.

<sup>45</sup> *Vid.*, FELIU REY, F., «Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo», en *ADC*, t. LXVII, fasc. I, 2014, pp. 175-176. Disponible desde internet en '[https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANUC-2014-10016900218\\_ANUARIO\\_DE\\_DERECHO\\_CIVIL\\_CI%Elusula\\_penal:\\_naturaleza\\_de\\_la\\_pena,\\_moderaci%F3n\\_judicial,\\_y\\_su\\_posible\\_configuraci%F3n\\_como\\_t%EDtulo\\_ejecutivo](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANUC-2014-10016900218_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_CI%Elusula_penal:_naturaleza_de_la_pena,_moderaci%F3n_judicial,_y_su_posible_configuraci%F3n_como_t%EDtulo_ejecutivo)', [última consulta, 18/12/2018].

resarcitoria (pues miden anticipadamente los perjuicios derivados del incumplimiento) y la punitiva (ya que sancionan el incumplimiento).

El CC las regula en los arts. 1152-55, aunque también aparecen recogidas en el art. 56 del CCo y en la Ley 518 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del derecho civil foral de Navarra. De su expresa regulación interesa especialmente lo dispuesto en el art. 1153 CC, en cuanto a la imposibilidad de eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, salvo pacto en contra. Por tanto, cabe que, por acuerdo expreso, se deje al arbitrio del cónyuge la posibilidad de liberarse del cumplimiento de la obligación (es decir, accionar el divorcio) pagando la sanción convenida. Sin embargo, en este supuesto, el TS ha interpretado<sup>46</sup> la inexistencia de una verdadera cláusula penal en sentido propio, estimando que, en realidad, estaríamos ante una obligación facultativa con cláusula de sustitución, de la que surge la pena de arrepentimiento o multa penitencial. Es decir, el carácter indisoluble del contrato matrimonial quedaría a la plena disposición de los cónyuges, en cuanto que cualquiera de ellos, a voluntad, podría incumplirlo accionando la demanda de divorcio, bajo la consiguiente entrada en aplicación de la cláusula penal dirigida a imponer una sanción previamente acordada. Esa libertad de decisión es la que lleva a calificarla por el Alto Tribunal como obligación «facultativa» con cláusula de sustitución.

A la vista de lo expuesto, cabrían replantearse varias cuestiones acerca del verdadero significado del compromiso que se adquiere al casarse: su naturaleza incierta; la incoherencia de comprometerse a algo que resulta revocable en todo caso; el alcance o grado de su eficacia vinculante; el sinsentido de su regulación como promesa pública, fuente de derechos y obligaciones, presumida demasiado rigurosa para hacerla cumplir; la actual diferencia que guardaría con la mera unión de hecho, etc.<sup>47</sup> Todos estos interrogantes quedarían al debate abierto, en la necesidad de encontrar respuestas adecuadas que fuesen acordes con la natural configuración de la unión conyugal y la conveniente guarda de su estabilidad.

En definitiva, de lo que se trataría es de establecer, por medio de estas cláusulas, un régimen opcional que haga excepcionalmente gravosa la posibilidad de recuperar la aptitud de contraer nuevas nupcias rompiendo con el vínculo actual mediante el ejercicio del divorcio. Este sistema ha tenido una gran expansión en EE. UU, primero el Luisiana y, posteriormente, en veintiún Estados más. El propósito mantenido fue el de otorgarle, si no indisolubilidad, sí

---

<sup>46</sup> STS de 21 de febrero de 1969 [RJ 967].

<sup>47</sup> Cfr., NAVARRO VALLS, R., «Matrimonios blindados», loc. cit.

una mayor firmeza al vínculo conyugal. En todo caso, puede decirse que la propuesta de sustentar la estabilidad de la relación conyugal sobre puniciones económicas conlleva el riesgo de atentar contra la dignidad del matrimonio, en caso de hacerla depender únicamente de cuestiones pecuniarias y, a su vez, resulta insuficiente para manifestar la integridad de su vínculo, por cuanto no admite su dimensión de plena indisolubilidad<sup>48</sup>.

### 3.3.2 *Indemnización por daños y otras*

La última de las propuestas que quisiera realizarse es la relativa al pacto entre los futuros cónyuges consistente en recibir una indemnización en el caso de ejercitar la acción de divorcio, por los daños y perjuicios ocasionados con la ruptura. Es precisamente este dato, el que sea a propósito y en proporción a los daños ocasionados, el que señala la diferencia con la alternativa anterior. Así, mientras que en las cláusulas penales no debe verificarse daño o perjuicio alguno –ni material ni moral– para que se haga efectiva la pena o sanción impuesta, en la indemnización, sin aquel no operaría. Igualmente, la anticipación en el acuerdo es lo que la distingue de la acción de responsabilidad civil o resarcimiento de daños.

De modo similar a como sucede con la pensión compensatoria –establecida en el art. 97 CC para aquellos supuestos en los que, a causa de una separación o divorcio, se produce un desequilibrio económico en relación con la posición del otro–, la indemnización que aquí se trata busca paliar los efectos nocivos que para el otro cónyuge conllevase la disolución del vínculo por divorcio objetivo y unilateral. Quedaría así fijada como un límite –en todo caso salvable, al igual que lo referido para las cláusulas penales– a la extensión con la que está configurada la libertad de demandar la ruptura unilateral.

En este sentido, a mi juicio, encajarían en aquellas denominadas indemnizaciones por sacrificio<sup>49</sup>, similares a las que se efectúan por razón de la imposición de una servidumbre legal o la expropiación forzosa de un terreno o propiedad. Así lo considero en cuanto se entienda el divorcio como un derecho de los cónyuges, cuyo legítimo ejercicio se encuentra legalmente previsto en la normativa vigente para cualquier supuesto aunque, a su vez, en determinados circunstancias, pueda acarrear agravios de necesaria reparación, por razones de justicia y equidad.

---

<sup>48</sup> MARÍA CHIESA, P. J., «Sobre el reconocimiento civil...», loc. cit., p. 12.

<sup>49</sup> DÍEZ PICAZZO, L., *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 56-57.

De nuevo, al respecto de esta figura, surge la cuestión de si cabe pactar estas indemnizaciones de manera previa a la disolución del vínculo, en la previsión o hipótesis de que esta se produzca. A mi juicio, acordar voluntariamente y de manera recíproca objeciones que dificulten el ejercicio de la acción de divorcio no posee más límites que los de orden general impuestos a la autonomía de la voluntad y los derivados de su naturaleza contractual (consentimiento libre y voluntario, carente de vicios, etc.). Por tanto, no tratándose de un supuesto de renuncia a ejercerlo, sino de mero desincentivo, y, además, previsto solo para los casos en los que se produzcan daños y perjuicios ciertos, no plantea excesivo problema su admisión.

Sin embargo, no carece de problemática su aplicación práctica. En efecto, el presupuesto necesario para que dé lugar a la indemnización serían los daños materiales y morales que se ocasionasen por el retiro del estatuto que deriva de un matrimonio y del cese unilateral de los derechos y deberes conyugales. En orden a ello, considero que los posibles problemas que podrían plantearse se encuentran referidos, principalmente, a dos escenarios: la concreta determinación de su cuantía y la respuesta que deba darse para los supuestos en los que la acción del divorcio se haya ejercitado por culpa del otro cónyuge (por incumplimiento de los deberes conyugales, como por ejemplo, el de fidelidad). En el primer caso, sería difícil o casi imposible determinar de antemano los perjuicios materiales y morales que podrían producirse por la ruptura del vínculo conyugal (inversión de tiempo, dedicación, trabajo y esfuerzo a la relación y la familia), por el distanciamiento temporal y lo incierto de las circunstancias futuras; además, considero que prefijar una cuantía transformaría la propia naturaleza de la cláusula indemnizatoria, pues no estaríamos ya ante un pacto de satisfacción de daños sino más bien ante una auténtica cláusula penal<sup>50</sup>. En el segundo supuesto, si de lo que se trata es de reparar los posibles perjuicios, será el que acciona la demanda (recuérdese, por la actitud culposa del otro) el que a su vez los haya sufrido y, por tanto, el que deba ser resarcido, con lo que no estaríamos propiamente ante una figura que, de alguna manera, persiguiese mantener el vínculo o impedir su ruptura (salvo que se utilizase como factor de privación o de disminución de la indemnización lo que, de ninguna manera parece ser adecuado, por razones de equidad y justicia).

---

<sup>50</sup> A este respecto, como significativo precedente jurisprudencial, la resolución de la Audiencia provincial de Almería, de 17 de febrero de 2003, consideró nula, por contravenir el art. 1328 CC, una cláusula de indemnización recogida en un acuerdo prematrimonial en la que se obligaba al marido a pagar a la esposa, en el caso de que la ruptura tuviera lugar, una cantidad fija de dinero por cada día de matrimonio. En realidad, la AP estimó que esta cláusula era propiamente una cláusula penal en la que se sancionaba el cese de convivencia, lo que fue considerado vulneración del orden público matrimonial al entenderlo contrario a la moral, las buenas costumbres y la ética social.

En todo caso, considero que también en este último supuesto cabría la entrada de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, configurada como posible remedio a las distorsiones que puedan derivarse de los pactos rectores del futuro divorcio, y punto de cierre al sistema que se diseña con su instauración. Así, al cambio de circunstancias –entre las que se pactaron y las actuales–, siempre que sean relevantes, imprevistas o no razonablemente previsibles y se relacionen causalmente con el grave perjuicio que la ejecución del acuerdo supone para uno de los cónyuges, debe concedérsele relevancia jurídica y viabilidad.

Por tanto, hay que decir que estas cláusulas no se relacionan con la validez en sí del acuerdo pre-adoptado, sino más bien con el mantenimiento, reducción o eliminación de sus consecuencias, por causas exógenas y no imputables a los sujetos. El pacto –inicialmente– es válido a la luz del ordenamiento jurídico. De manera que lo que habrá de valorarse es la viabilidad de la cláusula y la forma de aplicarla, caso a caso. En consecuencia, cuando la alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el pacto –en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración– provoque una desproporción abusiva en las prestaciones de las partes, se verá justificada la modificación (por ejemplo, reduciendo o ampliando la cantidad pactada) o destrucción del pacto por desequilibrio<sup>51</sup>.

En todo caso, si bien se admite la aplicación teórica de esta cláusula, igualmente se advierte la enorme dificultad para determinar las vicisitudes que cabría calificar como «alteración extraordinaria de las circunstancias»: ¿se exigirían causas objetivas, como podría ser el incumplimiento del deber de fidelidad o la supresión del deber de socorro, o lo sería, por ejemplo, el sobrevenido padecimiento de una grave enfermedad o simplemente el haber dejado de querer al otro? Considero que la probabilidad de que concurren los requisitos mencionados depende de la respuesta que se dé a la consideración de cambio de circunstancias, en cuyo caso, a más amplia concepción, incluso cuando el accionamiento del divorcio se realizase por un cónyuge, si viene dado por la actitud culposa o dolosa del otro, podría considerarse que surge el deber de indemnizar (es decir, se entendería que el daño no vendría provocado por la ruptura del vínculo sino por la actitud precedente del otro cónyuge, cuya consecuencia sería el irremediable divorcio).

Por último, aunque sin pretensión de ser exhaustivos ni en la enumeración ni en el tratamiento, merece atención la posible solución de poder valorar la concurrencia de abuso de derecho al accionarse la ruptura unilateral por medio del divorcio. En este sentido, con motivo del estudio de la institución de los es-

---

<sup>51</sup> *Vid.*, STS, 1.ª, 25.1.2007, fíd 3.º (RJ 592).

ponsales y el valor de su incumplimiento, hay quien considera<sup>52</sup> que la facultad de su rescisión unilateral compromete la responsabilidad de su autor, si se hace sin justo motivo, pues entonces lo que comete es un abuso de derecho. Desde luego, de nuevo considero que si se entiende el divorcio como un verdadero derecho, lo expuesto es perfectamente trasladable al ejercicio de la acción de divorcio. En este caso, como se comenta, habría que constatar la inexistencia de justo motivo para poder alegar este abuso de derecho.

En suma, todas las propuestas mencionadas, en su realidad final, pretenden ser una última deferencia a la indisolubilidad o estabilidad del matrimonio, en cuanto que al cónyuge que se plantea la posibilidad de instar el divorcio, al sopesar los efectos que este tipo de negocios accesorios comportarían, le haría, sin duda, ponderar con mucho más cuidado su decisión de disolución civil del vínculo.

#### 4. A MODO DE SÍNTESIS O CONCLUSIÓN

Poca duda existe respecto a que el sentir instintivo de la noción de matrimonio, al margen de configuraciones jurídicas concretas, conlleva a considerarlo, de manera unánime y simplificada, como unión de carácter estable por la que se crea una relación jurídica entre dos personas. Por tanto, podría decirse que el matrimonio es una realidad que nos viene dada, cuyo rasgo de la *estabilidad* es comúnmente asumido por ambas concepciones matrimoniales (civil y canónica).

Pese a ello, ambos ordenamientos han ido alejándose paulatinamente en sus regulaciones hasta que, en la actualidad, se evidencia claramente su entendimiento diverso sobre el matrimonio en cuanto a su objeto y los rasgos esenciales: para la regulación canónica se trata de una institución que guarda una tendencia natural a su permanencia o indisolubilidad, mientras que para la civil se configura como institución legal, desligada de significados antropológicos, y que, aun con la obligación de concertarse de por vida, no contempla la indisolubilidad, por lo sencillo de su disolución mediante el divorcio. En consecuencia, la legislación civil otorga mera cobertura a una realidad jurídica diversa a la que motivó la propia legislación, dejando sin amparo la originaria.

---

<sup>52</sup> Cfr., JOSERRAND, L., *Derecho civil*, t. I, Buenos Aires, 1950, pp. 43-44, cit. en HURTADO GONZÁLEZ, M., «Los sponsales, naturaleza jurídica», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n.º 105-106, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 1997, p. 250. Disponible desde internet en <https://bit.ly/2CdDr45>, [última consulta, 10/12/2018].

Es por ello por lo que considero que resulta oportuno buscar un régimen jurídico que acoja con eficacia civil, junto a la unión disoluble mediante divorcio, la libre elección de dos personas de contraer matrimonio indisoluble. Este reconocimiento no sería demandado necesariamente, ni en todos los casos, por cuestión de convicción religiosa o de defensa de una postura confesional, sino que puede ansiarse en la simple búsqueda de un sistema garantista con el ejercicio del derecho a contraer en plena acción de libertad.

Son cuatro las objeciones principales que se han dejado señaladas, referidas a la vulneración de la libertad, la igualdad, el orden público y la laicidad estatal: se considera que la libertad de los cónyuges no permite la adquisición de compromisos para toda la vida, sino que da derecho a romper con el matrimonio cuando se quiera; se niega la posibilidad de que coexistan en un mismo ordenamiento civil un matrimonio disoluble y otro indisoluble, por atentar contra la igualdad a la hora de poseer o no opciones de disolver el vínculo conyugal; se alega el orden público, en su sentido negativo, como limitación al reconocimiento civil de aquellos rasgos de los sistemas jurídico-matrimoniales que colisionen con él; y, se objeta que la laicidad estatal impide que los rasgos o efectos puramente religiosos de una institución (ej. la indisolubilidad) sean acogidos por la legislación civil.

Por el contrario, en defensa del encaje de un régimen legal de matrimonio indisoluble se razona que la capacidad para asumir pactos para toda la vida tiene su fundamento en la propia naturaleza humana y que, precisamente, el que es libre lo es porque es responsable y, en esa medida, resulta posible adquirir compromisos vitales. Igualmente, se aduce que es justamente la necesidad de igualdad (no uniformidad) y trato no discriminatorio la que faculta para implantar un sistema facultativo, en el que los ciudadanos libremente puedan escoger entre un matrimonio civil indisoluble y un matrimonio civilmente disoluble: esto no supone negación, sino una verdadera manifestación del ejercicio del derecho de libertad religiosa e ideológica, en el que encuentra una justificación objetiva y razonable el justo y diferenciado trato jurídico.

Con respecto al orden público, se entiende que debe limitar la autonomía de la voluntad de los contrayentes en el sentido de que el matrimonio no puede estar sometido a su absoluta libertad por encima de su naturaleza como institución jurídica natural. Por último, se razona que el Estado laico puede reconocer el matrimonio canónico sin alterar sus propiedades esenciales en un ejercicio de laicidad positiva, en promoción y garantía del ejercicio pleno del derecho fundamental de libertad ideológica y/o religiosa de los ciudadanos; recoger únicamente el matrimonio disoluble, aplicando el divorcio a cualquier matrimonio, es



lo que podría ser calificado como verdadera violación de la laicidad que ha de mantener el Estado español, pues impone una concepción matrimonial.

Al hilo de lo argumentado, son varios los intentos normativos planteados en el seno de las comisiones legislativas de distintos Estados en torno a un reconocimiento civil de la indisolubilidad del vínculo matrimonial de manera opcional. Doctrinalmente, los primeros en ahondar en este propósito de régimen dual fueron los hermanos Mazeaud, a través de una opción netamente civil. También la figura del *covenant marriage*, surgida en Luisiana, se dirige al mismo propósito siguiendo la misma vía civil. Igualmente, varios ordenamientos de diferentes países (Portugal, República Dominicana y Colombia) recogieron este régimen dual, aunque básicamente unido al carácter confesional del Estado. Todo ello ha tenido también eco en la doctrina científica (en España, Fuenmayor). En definitiva, las distintas experiencias comentadas manifiestan la existencia de una verdadera demanda social que requiere del Derecho soluciones que acojan ambas concepciones o, en su defecto, devuelvan al matrimonio la estabilidad que con el divorcio se ha visto claramente perturbada.

En última instancia, ha quedado constatado que la divergencia existente en la noción de matrimonio es la que realmente subsiste en orden a admitir o no la opción de los pactos de indisolubilidad; cuando dos personas deciden contraer matrimonio indisoluble, y prestan su consentimiento, lo hacen sobre una realidad distinta a la que se les asigna mediante la atribución imperativa de la posibilidad de divorcio; esa realidad resulta digna de ampararse jurídicamente. Por ello, solo de la infracción de los límites impuestos por la ley a la autonomía de los contrayentes –fácilmente reconducidos al orden público– derivaría su posible inadmisión. Sin embargo, es precisamente el orden público, en su aspecto positivo, el que reclama que esa pretensión de los cónyuges sea acogida por el legislador ordinario, posibilitando y defendiendo con ello el efectivo ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. De hecho, puede alegarse que la propia legitimidad de la que goza la voluntad de un cónyuge para poner término a su alianza matrimonial sirve de fundamento a la libertad de los contrayentes para acordar conjuntamente su renuncia pues, de lo contrario, se incurriría en una clara incoherencia. Sin embargo, con este argumento se incurre en el grave riesgo de elevar el individualismo o la autonomía privada a valor supremo y absoluto en materia matrimonial lo que, a la postre, podría derivar en la entrega de la configuración y contenido del matrimonio a la libre voluntad de los cónyuges, desvirtuando su esencia de institución natural.

En todo caso, ha podido defenderse de manera razonada que no hay motivos de orden público ni limitaciones de la autonomía de la voluntad que puedan oponerse al pacto libre y responsable de indisolubilidad (o, en su caso, de

mayor estabilidad) de los contrayentes, como tampoco existe posibilidad de imponer un régimen de indisolubilidad sin vulnerar la libertad. Un verdadero sistema matrimonial que respete el pluralismo, como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), debiera garantizar ambas posibilidades, en igual medida. La mayor traba en la admisión de pactos de indisolubilidad matrimonial se da en el aspecto práctico: el caso de aquellos cónyuges que, pese a que en un momento inicial renunciaron al ejercicio de la acción de divorcio, cambiasen de opinión y solicitasen amparo legal para accionarlo. Este problema práctico no supone la absoluta negación al posible reconocimiento de la validez de estos pactos (máxime si se opta por caracterizarlos como irrevocables), pero apunta en la dirección de que su contenido sea más de estabilidad que de propia indisolubilidad matrimonial y, en todo caso, apremia a la búsqueda de alguna otra fórmula alternativa. Sin embargo, se verifica que varias de estas otras propuestas para sustentar la estabilidad de la relación conyugal (pacto de estabilidad, cláusula penal, pacto previo de indemnización, etc.) resultan insuficientes para manifestar la integridad del vínculo conyugal, por cuanto no admiten su dimensión de plena indisolubilidad.

En definitiva, considero posible concluir con la admisibilidad de encaje, en el actual sistema de divorcio objetivo, de cláusulas matrimoniales de indisolubilidad o, en su caso, de mayor estabilidad matrimonial. La renuncia al ejercicio del divorcio mediante pacto conyugal no atenta contra la institución matrimonial –más bien, al contrario, conlleva un mayor grado de protección y durabilidad–, ni vulnera los límites establecidos por la ley a la autonomía de los contrayentes. De hecho, se vislumbra que la solución más equitativa es la que resulta de concordar ambas nociones matrimoniales, en la búsqueda de lo común que compartan. La elección de régimen –matrimonio disoluble o indisoluble– aparece como la respuesta más respetuosa con el coincidente rasgo de la estabilidad, apreciado como valor jurídico por ambas concepciones matrimoniales.