

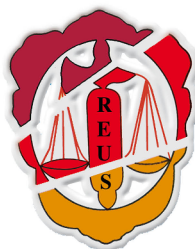
# FAMILIA Y DERECHO



## Autonomía privada y matrimonio

Aurelio Barrio Gallardo

*Profesor Contratado Doctor de Derecho civil  
Universidad de Zaragoza*



# I. INTRODUCCIÓN

## A. AUTONOMÍA PRIVADA Y SUJETO DE DERECHO

En todos aquellos Derechos mínimamente avanzados en los que el individuo no constituye una mera extensión apendicular del Estado se reconoce al sujeto el poder de autorregular los intereses de los que es titular. La persona dispone de un espacio de libertad individual huérfano de injerencias externas y la intervención pública en la esfera privada debe obedecer a una justificación razonable. Sin dicho reconocimiento el individuo terminaría por convertirse, como sostenía F. DE CASTRO, en «una pieza fungible de una máquina monstruosa»<sup>1</sup>, en una célula alienada dentro del sistema, carente de autonomía y de cualquier arbitrio para adoptar decisiones. Esta inspiración impregna los conjuntos normativos de las democracias occidentales en donde la libertad es el valor superior del ordenamiento máspreciado y la autonomía privada constituye uno de los ejes vertebradores del sistema jurídico-privado. No sólo es un principio general del Derecho, sino además el eje cardinal del Derecho civil.

La existencia de autonomía privada, que permite la conformación de la esfera jurídica individual y el gobierno a conveniencia de las propias incumbencias, es una exigencia de la realización plena de la persona como ser humano. Únicamente cabe admitir tal condición si al sujeto se le permite regir sus propios asuntos; en palabras de DÍEZ-PICAZO «sólo se reconoce la dignidad de la persona si se la permite autorregular su

---

<sup>1</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F. *Compendio de Derecho civil*, Gráficas Mariscal, Madrid, 1970, pág. p. 17.

marco de intereses»<sup>2</sup>. No en vano existe un estrecho vínculo entre autonomía privada y dignidad humana y son muchos los autores españoles que encuentran amparo a este principio rector en el art. 10 CE, que consagra los Derechos Humanos y el libre desarrollo de la personalidad. Es probable que ese vínculo tenga hondas raíces en la filosofía kantiana, de donde procede el concepto «autonomía de la voluntad»<sup>3</sup> como autodeterminación del ser humano, que luego tomaron los teóricos del Derecho civil. La voluntad individual es ley en sí misma y si vincula es porque así lo ha querido el sujeto, último sostén de la legitimidad democrática en las instituciones político-públicas y del derecho de obligaciones en las relaciones *inter privatos*.

La autonomía privada suele definirse como el poder de autodeterminación de la persona individual<sup>4</sup>; esa idea de una cierta autarquía personal y de disponer de los asuntos que al mismo titular conciernen está omnipresente en cualquier enunciación de este principio general. Pero la autonomía privada no es sólo sinónimo de libertad individual, sino también de ordenación de la esfera jurídica. Tal presupuesto entraña a su vez el reconocimiento de un poder creador con tendencia a proyectarse hacia el exterior y cierta vocación de permanencia más allá del propio sujeto. Una de las notas definitorias de esta rama del ordenamiento jurídico es la existencia de una potestad normativa privada, a la que se concede valor y si cuenta con el beneplácito del ordenamiento, al no exceder de unos límites generales y abstractos, puede servirse, llegado el caso, del aparato coactivo del Estado para ser de obligado cumplimiento. En tal sentido guarda parangón con la norma jurídica, que no sólo es propuesta, sino impuesta.

La voluntad privada, fruto del imperio de la libertad individual, tiene como resultado un acto vinculante para el sujeto del que después no puede retractarse o desdecirse. De dicho valor jurídico específico da buena cuenta la máxima latina «contractus ab initio es voluntas, ex post facto necessitatis». El poder creador con virtualidad de sujeción queda también reflejado en el sentido etimológico del término autodeterminación, como la facultad de dictarse la ley, es decir, el poder de darse a uno mismo el precepto. Se atribuye al individuo el papel de un legislador a pequeña escala en

---

<sup>2</sup> DÍEZ-PICAZO, L. «La Ley y la potestad normativa privada», en LÓPEZ PINA, A., *Democracia representativa y parlamentarismo*, Madrid, 1994, pág. 83.

<sup>3</sup> Muchas veces ambas expresiones son tomadas por equivalentes aunque parte de la doctrina italiana ha criticado tal equiparación. Vid. FERRI, L. *La autonomía privada* (trad. L. Sancho Mendizábal), Edersa, Madrid, 1969, pág. 5.

<sup>4</sup> Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Elementos de Derecho civil*. t. I, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 125.

su propia y limitada esfera competencial, legado del pueblo romano a la tradición continental; se otorga al vínculo nacido del contrato, fuente de compromisos, la misma fuerza de obligar que una Ley. Herencia de esta concepción jurídica como *lex inter privatos* es el actual art. 1091 CC. El Derecho común recibió más adelante de los textos latinos esa idea de que el particular puede establecer reglas con valor análogo a las disposiciones legales.

A pesar de las discusiones habidas en otras épocas, y mantenidas por determinadas escuelas, es hoy evidente que no cabe confundir negocio y norma jurídica. Los negocios jurídicos son actos en cuya virtud adquiere efectos la voluntad<sup>5</sup>, pero carecen de relevancia para la comunidad en sentido organizativo; además la ausencia de las notas de abstracción y generalidad les priva de la conceptualización como normas jurídicas. No es óbice para que hayan sido presentadas como normas concretas dadas por las partes (RICK) o que el teórico del Derecho más distinguido del siglo XX, H. KELSEN, llegara a afirmar que entre obligaciones y Ley sólo habría una diferencia de grado<sup>6</sup>.

Voces autorizadas refieren ambas realidades a través de un término más general «preceptos», que comprendería los actos emanados de esas dos voluntades: individual y colectiva. Se dice que tanto la Ley como las partes establecen preceptos, unos destinados a la organización social, otros a las relaciones entre particulares. En tal sentido, Carnelutti resaltó del negocio jurídico que, además de ser regulado, regulaba; en ambos casos se crean reglas de conducta cuya observancia resulta obligada, sea a través de actos de compulsión, que modifican la realidad social, sea a través de sanciones de otra naturaleza, cuya *ultima ratio* es privar de validez a la manifestación discordante; tal falta de acomodo al conjunto normativo conlleva la expulsión del acto del sistema a través de la previa declaración de nulidad. La expresión voluntarista o bien queda totalmente privada de eficacia o no logra desencadenar enteramente las consecuencias inicialmente pretendidas.

No cabe ignorar que la relación entre ambos planos, público y privado, ha sido bastante fecunda en el imaginario colectivo y ha puesto los cimientos sobre los que descansa la civilización actual. La filosofía política ha conocido tesis en las que la fundación de la sociedad misma

---

<sup>5</sup> SANTORO PASSARELLI, F. *Doctrinas generales del Derecho civil* (trad. A. Luna Serrano), Edersa, Madrid, 1964, pág. 113.

<sup>6</sup> Vid. DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho civil*, t. I, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 380.

estribaba en un acuerdo de los propios interesados entre sí o de éstos con una entidad superior, a la que se sometían por puro afán de supervivencia y preservación vital. Pero ese sometimiento al *Leviatán* tenía un origen voluntario y vestigios de este contractualismo social impregnan el preámbulo constitucional español. El sujeto individual transmite una parte de su libertad al sujeto colectivo depositario, pero en el curso de esa cesión conserva otra parcela de la primigenia soberanía personal de la que nunca llega a verse desposeído por entero; de ella puede hacer uso para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, otros sujetos libres e iguales que coexisten en la misma sociedad.

Entre negocio jurídico y ley se aprecia una diferencia esencial en cuanto al órgano del que emanan. En el caso del individuo, la voluntad particular, cuyos paradigmas, como actos de autonomía privada, serían el contrato y el testamento, y cuando se trata de la sociedad, ésta se halla personificada en unos órganos institucionalizados, actos de voluntad soberana, cuya máxima expresión sería el resultado de la producción legislativa, sin perjuicio de la existencia de otras disposiciones de carácter general. La voluntad particular no es soberana ni independiente, y si es idónea para desplegar efectos es porque otra, ésta sí soberana, le autoriza para ello<sup>7</sup>.

La inclusión del individuo en sociedad, y su subordinación a fines de interés general para el conjunto de la colectividad, incluido el propio sujeto, fuerzan a establecer algunas fronteras al poder creador privado, que sólo puede tener lugar dentro del conjunto de normas jurídicas que ampara esta facultad. Al sujeto particular le es posible, con origen en su mismo querer, y de con mutua avenencia con sus congéneres, conformar relaciones jurídicas: crearlas, modificarlas o extinguirlas, y así puede reglamentar y ordenar aquellas en las que interviene o va a tomar parte. Pero esto sólo tiene cabida en un marco legal predispuesto que, sin embargo, crea un espacio de soberanía individual relativamente amplio, merced a la variabilidad y temporalidad de los límites generales, como la moral o el orden público, que lo circundan en el art. 1255 CC.

### **a. Tesis clásica: la familia como realidad objetiva e inmanente**

Uno de los grandes males que afligen a esta rama jurídica es la indefinición inicial de su objeto de estudio, es decir, la propia concepción

---

<sup>7</sup> SANTORO PASSARELLI, F. *Doctrinas generales...*, op. cit., pág. 140.

de lo que denominamos familia<sup>8</sup>. La visión tradicional es partidaria de presentarla como un dato prenормativo, una suerte de institución preexistente de la que sólo después pasa a ocuparse el ordenamiento positivo; el hecho de que venga ya dada motiva que el Derecho positivo sólo pueda ocuparse de regularla, en su caso siguiendo los dictados del Derecho natural. Es la filosofía del maestro LACRUZ, para el que el Derecho, frente al hecho familiar, constituye un *posterius*<sup>9</sup>. Dicha corriente de opinión presenta este grupo al modo de una realidad objetiva y pre-jurídica que asume como propio el modelo sociológico de C. LÉVI-STRAUSS, donde la familia es una institución natural que ha estado siempre presente en la historia de la humanidad. La familia no es tanto un grupo social, sino una suerte de entidad natural y eterna, que resulta anterior a cualquier sociedad organizada, en línea de continuidad con los naturalistas decimonónicos RIELH y VON STEIN.

Baluartes de este paradigma familiar es el matrimonio, una de sus instituciones cardinales, sobre la que se evoca idéntica idea como una suerte de realidad inmutable que perdura a lo largo de los siglos, una institución casi prejurídica<sup>10</sup>, que en parte recuerda las tesis hegelianas, que definen la institución como un amor jurídicamente moral, en cuya virtud desaparece lo efímero, caprichoso y lo puramente subjetivo<sup>11</sup>. Esa cualidad de perennidad y trascendencia protege a la más antigua de las instituciones sociales, frente a ciertos círculos intelectuales progresistas que pronosticaron la muerte de la institución matrimonial; frente a tal idea, que subraya el lento declive de la figura, se vaticina que el matrimonio «sobrevivirá mientras exista nuestra especie»<sup>12</sup>, afirmación que la realidad de las cifras, que evidencian un crecimiento exponencial de las parejas de hecho, está poniendo seriamente en entredicho.

El matrimonio y la familia serían así fórmulas que trascienden al ser humano, y en cierta medida le vienen dadas, pues «se encuentran en todas las culturas de todos los tiempos constituyendo el resultado final de la

---

<sup>8</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A. y VALPUESTA, R. *Derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 13.

<sup>9</sup> GARCÍA DE BLAS, M.L. «El matrimonio, realidad social e institución jurídica», en *Instituciones de Derecho privado*, t. IV, vol. 1º. Familia, Civitas, Madrid, 2001, pág. 19.

<sup>10</sup> ASÚA CONZÁLEZ, C., «El matrimonio hoy: sus perfiles jurídicos ad intra y ad extra», *Teoría y Derecho*, nº. 2, 2007, pág. 17.

<sup>11</sup> ROCA TRÍAS, E., *Libertad y Familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 30.

<sup>12</sup> LINTON, R. *La historia natural de la familia* (trad. Solé Tura), Península, Barcelona, 1972, pág. 5.

destilación crítica de las demás fórmulas y ensayos sexuales»<sup>13</sup>. La familia se basa en el matrimonio de los progenitores y en los lazos biológicos de sus integrantes, siendo ese vínculo o unión, un fenómeno universal, presente en todo tiempo y en cualquier clase de sociedad. Un acto pretendidamente fundacional de la familia distinto de la unión conyugal queda proscrito y es censurado jurídicamente como atentado *contra bonos mores*. La perennidad del modelo clásico familiar se sustenta, amén de en unas fuertes convicciones religiosas, en las que el buque insignia es el sacramento matrimonial, en que la familia, desde esa perspectiva funcional, desempeña una serie de cometidos que se califican como estratégicos e irremplazables. Dicha misión, que únicamente realiza a plenitud la familia, actúa como argumento adicional al carácter natural y permanente de la institución como realidad no creada, sino recibida por el Derecho positivo.

Esta postura hunde sus raíces ideológicas en el iusnaturalismo y explica el matrimonio como un espacio no público, oficial y anterior al Estado<sup>14</sup>; en tal aproximación, la familia es un cuerpo moral del que se predica una autonomía en sus fines que incluso cabría imponer al interés individual de sus miembros<sup>15</sup>. Pensando en la realización de la encomienda predispuesta, el sistema protege la autoridad del cabeza de familia y mantiene una estructura jerarquizada heredada del antiguo sistema patriarcal, conforme a un supuesto orden natural, que actúa como salvaguarda del autoritarismo paterno. La individualidad del resto de los miembros queda diluida en el sujeto colectivo, cuyo único y legítimo representante es el varón de mayor edad. La supremacía del grupo conduce inexorablemente a sacrificar los intereses de la mayoría de sus componentes en aras de un supuesto bien común. Esa subordinación puede llegar a veces hasta a anular la personalidad de sus integrantes en detrimento de la libertad individual y los derechos fundamentales.

Este modelo de relaciones familiares, donde el grupo prevalece sobre el sujeto, y la individualidad es mermada o incluso eliminada por completo es característico de las denominadas democracias orgánicas, esto es, democracias de grupos y no de individuos. Tales regímenes proyectan la autocracia política sobre el gobierno de otras entidades sociales y la repro-

---

<sup>13</sup> VILADRICH, P.J.: *Agonía del matrimonio legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio*, Eunsa, 2ª ed., Pamplona, 1989.

<sup>14</sup> HATTENHAUER, H., *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, Ariel, Barcelona, 1987, pág. 147.

<sup>15</sup> Vid. VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., «Reflexiones sobre el Derecho de familia», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº. 2, 2007, págs. 76-77.

ducen ente ellas en el seno familiar. El individuo sólo puede realizarse o insertarse en la sociedad a través de la familia, tesis acogida sin dificultad por el fascismo italiano o *ie*-centrismo japonés, conocido también como «familismo», que se apoyan en la teoría de los cuerpos intermedios, muy en boga en España durante el nacionalcatolicismo franquista.

El elevado valor conferido a la familia como célula esencial de la sociedad hace que tenga reservado un lugar preeminente en las cartas fundacionales, o leyes fundamentales, que sólo de forma impropia cabría llamar constituciones. Expresiones ilustrativas de este ideario serían el art. 29 de la Constitución italiana de 1947 o el art. 22 del Fuero de los Españoles. En ambos preceptos, de corte similar e inspiración filosófica compartida, se reconoce la cualidad de la familia como institución preexistente y originaria —por tanto anterior al poder público— en la que concurren valores metafísicos de orden superior que no pueden ser derogados, sino solamente reconocidos por el Estado<sup>16</sup>. Se dice que a su formulación contribuyó la tendencia iusnaturalista y la formación católica de algunos de sus intérpretes<sup>17</sup>. Esa visión institucionalista servirá de apoyo a las conocidas tesis de A. CICU, simpatizante del movimiento fascista italiano, favorables a una publicación del Derecho de familia, que aparece preñado de preceptos inderogables, ya no sólo por el arbitrio de los particulares, sino por el propio pueblo o la representación política de la comunidad<sup>18</sup>.

## **b. Tesis moderna: la familia como producto histórico-cultural**

Frente a la concepción tradicional de la familia como realidad objetiva y trascendental, conforme transcurre el tiempo y se seculariza la vida civil, cobra mayor número de adeptos aquella que tesis que niega al matrimonio la condición de institución natural prenormativa. Las coordenadas actuales se situarían más próximas a la visión de la unión conyugal como un producto histórico-cultural, desplazando el modelo straussiano, en favor del sugerido por la abogada y Nobel de la Paz, Radhika COOMARASWAMY,

---

<sup>16</sup> El Estado reconoce y ampara a la familia como institución natural y fundamento de la sociedad, con derechos y deberes anteriores y superiores a toda ley humana positiva. El matrimonio será uno e indisoluble. El Estado protegerá especialmente a las familias numerosas (art. 22 Fuero de los Españoles de 1945).

<sup>17</sup> Vid. BESSONE, 1975, págs. 8-16; ROCA TRÍAS, E., *Libertad y familia*, op. cit., pág. 42.

<sup>18</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, pág. 88.



que cuenta con mayor éxito y, en parte, contrapuesto al anterior. Se dejan de lado aquellas corrientes de pensamiento que identifican familia con matrimonio y, en consecuencia, consideran que existe una especie de interés supraindividual que protege al grupo por encima de sus propios miembros<sup>19</sup>. La familia no es una institución objetiva y trascendental, proveniente de un orden natural cuasi-divino y otorgada; al contrario, es más un producto cultural, tributario de las concepciones históricas vigentes y dominantes así como del modelo socio-económico de cada época. Esa visión, que se esmera en identificar este grupo social con un producto más cultural que natural, ha contado con notables expositores en nuestro país como DÍEZ-PICAZO<sup>20</sup> y ROCA TRÍAS<sup>21</sup>.

Un factor decisivo en este proceder y replanteamiento del centro gravitatorio del sistema, que ha conducido a la recuperación del poder estatal primero y al individual después sobre las instituciones familiares, ha sido la secularización del matrimonio (sustituir a Dios por el hombre y la Iglesia por el Estado); buena parte de culpa, o del mérito, según se vea, corresponde a luteranos y calvinistas quienes desacralizaron el matrimonio y lo desmitificaron reduciéndolo a un asunto meramente mundano; en estos postulados hallamos el origen de la pérdida de su carácter institucional y la aproximación a la idea de contrato. En un primer paso del triunfo voluntarista, la reforma protestante conduce a atribuir competencia a la voluntad política para definir qué es el matrimonio y cuál es su contenido trayéndola de la Iglesia. Frente a la contrarreforma, que retiene la jurisdicción eclesial y reafirma el carácter sacramental, apuntado en el concilio de Lyon y establecido de modo indeleble en el de Trento, desaparece poco a poco del matrimonio esa conceptualización como realidad natural y objetiva para estar sujeta, si bien sólo parcialmente, a la voluntad de los individuos y del Estado. He aquí el germen del binomio matrimonio canónico - matrimonio civil, huérfano de naturaleza sacramental, que genera un cisma y marcará la diferencia entre la tradición católica y la protestante.

El desarrollo de una ética humanista y una moral laica, el iusnaturalismo racionalista de los enciclopedistas franceses, y el positivismo jurídico posterior, marcan el segundo estadio de la evolución. Hay que esperar a la Ilustración para que esta semilla comience a desarrollarse

---

<sup>19</sup> ROCA TRÍAS, E., «Familia, familias y derecho de la familia», *ADC*, t. XLIII, 1990, nº 4, pág. 1069.

<sup>20</sup> DÍEZ-PICAZO, L.: *Familia y Derecho*, op. cit., pág. 23; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho civil*, t. IV, Tecnos, Madrid, 2013, pág. 22.

<sup>21</sup> ROCA TRÍAS, E., «Familia, familias...», loc. cit., págs. 1061-1062.

con fuerza<sup>22</sup>; se atribuye mayor poder al mundo terrenal y el orden civil arrebatada al poder espiritual la competencia para definir lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, lo lícito y lo ilícito<sup>23</sup>. Frente a la idea de que no puede existir una moral laica distinta de la religión y que cualquier aspecto de cierta relevancia deriva de una supuesta Ley divina, se devuelve la competencia a las instancias terrenales; el matrimonio y la familia van quedando reducidos a un espacio privado, donde comienza a gobernar el propio individuo, en libre asociación con su pareja afectiva, y la expresión paradigmática de esa voluntad consensuada, dentro de la esfera tanto particular como familiar es el contrato.

Al modelo histórico de familia patriarcal recogido en los Códigos Civiles decimonónicos se opone el paradigma contemporáneo. En un giro copernicano, frente a su concepción naturalista de la familia como realidad orgánica, dotada de fines propios e independientes, su ámbito pasa a estar presidido por los derechos fundamentales de las personas que lo integran<sup>24</sup>. Se produce una transición que supera el antiguo concepto familiar a través de desarrollo armónico de la personalidad de los miembros oponiéndose a un supuesto interés superior del grupo familiar<sup>25</sup>. En él la familia no puede ser contemplada como una realidad en sí misma, una entidad que cobra autonomía y vida propia, una realidad orgánica que acaso justificaría su personificación por perseguir una finalidad trascendental diferente y acaso contrapuesta a los intereses de los miembros que la componen. Los intereses de los individuos conformantes del todo no son así susceptibles de subordinación a ninguna otra instancia superior y el art. 10 CE no consiente que se produzcan interpretaciones supraindividuales sobre lo que deba entenderse por el «interés de la familia». Niega, a mi juicio muy razonablemente, ROCA TRÍAS, que pueda existir tal interés sino en tanto se refiera al de los individuos que componen el grupo<sup>26</sup>.

Esta subjetivación del grupo, en ocasiones denostado, llamándolo individualismo, impide que la familia pueda considerarse una institución natural, al estilo de las explicaciones tradicionales<sup>27</sup>. Quizá quepa la duda

---

<sup>22</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Diagnóstico sobre el Derecho de familia*, Ed. RIALP, Universidad de Navarra, 1996, pág. 43.

<sup>23</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. *Diagnóstico...*, op. cit., pág. 43.

<sup>24</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. «Reflexiones sobre el Derecho de familia», loc. cit., pág. 77.

<sup>25</sup> MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J., «Daños en Derecho de la familia: un paso adelante, dos atrás», *ADC*, t. LXIV, fasc. 2, 2011, pág. 526.

<sup>26</sup> ROCA TRÍAS, E. *Libertad y Familia*, op. cit., pág. 62.

<sup>27</sup> Vid. ROCA TRÍAS, E. *Libertad y Familia*, op. cit., pág. 61.

acerca de si el interés colectivo es o no el exacto resultante del sumatorio de los intereses individuales, en principio cualitativamente idénticos<sup>28</sup>, mas resulta evidente que la familia no tiene un interés autónomo. Una orientación opuesta resultaría típica de un Estado autoritario<sup>29</sup>. Cuando el art. 39 CE dirige un mandato a los poderes públicos para proteger la familia, no lo hace como si de un cuerpo independiente se tratara, sino como un espacio de relación en el que sus miembros ponen de manifiesto sus intereses, aspiraciones o carencias vitales<sup>30</sup>. La familia es una especie protegida dentro de la cual se ejercitan los derechos fundamentales de unas y otras personas implicadas<sup>31</sup>. Si con cierta licencia cabe hablar de derechos a favor de la familia es porque los tiene en tanto sirve de puente entre los individuos que la forman y el Estado.

Por esta razón la CE no coloca al grupo en una situación de preeminencia y poder frente a los individuos que lo forman<sup>32</sup>, sino que, al contrario, la familia debe estar al servicio de la persona y proporcionarle protección y garantizarle el ejercicio de sus derechos<sup>33</sup>. La familia, en tanto que grupo social, tiene valor instrumental para conseguir finalidades de promoción ex art. 10 CE<sup>34</sup> y constituye el ámbito de ejercicio de sus derechos fundamentales<sup>35</sup> y el lugar donde se asegura el desarrollo armónico de la personalidad de sus miembros<sup>36</sup>. Caso de producirse un conflicto entre el supuesto interés familiar y el individual, prevalece este último, siempre que se tome como base el ejercicio de un derecho fundamental<sup>37</sup>.

---

<sup>28</sup> NAVARRO VALLS, R. *Matrimonio y Derecho*, op. cit., pág. 59.

<sup>29</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. «Reflexiones sobre el Derecho de familia», loc. cit., pág. 86.

<sup>30</sup> *Ibíd.*

<sup>31</sup> Díez-PICAZO, L. en Prólogo a ROCA TRÍAS, E. *Libertad y familia*, op. cit., pág. 12; esa misión tuitiva de los derechos fundamentales es criticada por el prologuista como «una idea evanescente con poca utilidad» (*ibíd.*).

<sup>32</sup> ROCA TRÍAS, E. «La responsabilidad civil en el Derecho de familia: venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil», *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, 2000, pág. 540.

<sup>33</sup> *Ibíd.*

<sup>34</sup> Díez-PICAZO, L. en Prólogo a Roca Trías, E. *Libertad y familia*, op. cit., pág. 12.

<sup>35</sup> ROCA TRÍAS, E. *Libertad y familia*, op. cit., pág. 33.

<sup>36</sup> MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J. «Daños en Derecho de familia», loc. cit., pág. 525.

<sup>37</sup> ROCA TRÍAS, E. *Familia y cambio social (de la «casa» a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 75-76; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M. «Luces y sombras de la aplicación del derecho de daños al ámbito de la familia Luces y sombras», *La Ley Derecho de familia*, nº 8, 2015, pág. 4/21.

Cuando el CC obliga a considerar el interés familiar al adoptar una decisión (arts. 67, 82.1, 82.2, 70, 524, 1056...), lejos de suponer la contemplación de un hipotético y difuso interés objetivo y supraindividual, que suele coincidir con la defensa de un determinado modelo de familia, el juez debe decantarse por uno de los intereses en juego, una de las propuestas formuladas por las partes o, si es el caso, por el ministerio fiscal. El actuar en interés de la familia, concepto relativamente reciente, introducido con ánimo de limitar las facultades exorbitantes y la consiguiente arbitrariedad del cabeza de familia, ha pasado a identificarse con el interés superior del menor; el *favor filii* actúa como verdadera frontera de la autonomía de la voluntad al prevalecer sobre el resto de intereses concurrentes.

## **B. AUTONOMÍA PRIVADA Y FAMILIA: EL INDIVIDUO DENTRO DEL GRUPO SOCIAL**

### **a. El modelo familiar de Derecho antiguo**

Uno de los ámbitos donde cabe estudiar la evolución e incidencia de la autonomía privada y cómo ha proliferado hasta el presente es el correspondiente a las interacciones en la familia, una esfera privada, un tanto particular, excluida en su disciplina de la generalidad de las relaciones jurídicas; un espacio en el que la frontera entre lo público y lo privado, en sus orígenes, cuando las instituciones políticas estaban en estado embrionario, aparecía bastante difusa, y aún después (A. CICU), se ha venido caracterizando por una mayor penetración de la reglamentación imperativa en detrimento de la libertad individual que retrocede frente a las normas de *ius cogens*, con criterios a veces muy discutibles.

La familia es una pequeña célula de la sociedad; constituye una estructura básica en torno a la cual se organiza la civilización en sus estadios más incipientes. Históricamente el elemento determinante de la existencia de este grupo es la idea de sumisión de todos sus miembros a una autoridad común; la sujeción a una misma potestad es lo que crea el vínculo de parentesco agnaticio en la familia extensa o patrivirolocal<sup>38</sup>. Se trata de un modelo autocrático donde existe una única cabeza rectora, que desempeña cometidos cuasipúblicos, en ausencia de Estado, cuyo nacimiento e

---

<sup>38</sup> Cfr. MALAURIE, P. & AYNÈS, L. *La Famille*, 3 ed., Lextenso éditions, Paris, 2009, pág. 9.

instauración son mucho más tardíos; el varón de mayor edad concentra en su persona potestades plenipotenciarias, que pueden llegar al extremo de aplicar sanciones extremas (*ius vitae et necis*) para mantener la autoridad y disciplina entre sus integrantes. En la familia patriarcal, autoritaria, jerarquizada —señala DÍEZ-PICAZO—, el jefe del clan es a un tiempo legislador, juez y patrón<sup>39</sup>.

Esa desregulación de la intervención pública es forzosa al carecer la civilización de instituciones públicas perfeccionadas; en dicho modelo jerárquico se origina un Derecho interno que segrega cada familia consistente en órdenes y mandatos dados por el cabeza de familia al resto de componentes del grupo (principalmente, mujer e hijos). Ese *selfgovernment*, en cuanto autonomía privada, es extraordinario; el cabeza de familia actúa como una suerte de legislador doméstico y hace de su voluntad ley. La potestad del antiguo *paterfamilias* recibe consagración de su poder normativo en el Código decenviral a través de la fórmula *uti legassit suae rei ita ius esto*: así como haya legado o dispuesto sea Derecho rezaban las XII Tablas. Cabe dudar después de si la voluntad ordenadora de la sucesión abarca la hacienda (patrimonio) o se extiende a todo el conjunto de la familia (personas).

El ciudadano romano, hombre libre y *sui iuris*, conserva una parcela de soberanía inusitada, aunque apoyada en relaciones de sujeción, y que sólo más adelante se popularizará. Dicho paradigma, si bien con algunos matices importantes que cabría precisar, se reproduce en casi todos los modelos de familia patrivirolocal y se extiende hasta la etapa decimonónica en tanto perdure el patriarcado; renace un nuevo *paterfamilias*, estimulado por la familia diseñada en el *Code civil*, con participación muy activa de NAPOLEÓN sobre el particular. Así las capitulaciones matrimoniales de los ancestros cumplían una misión fundacional en cuanto a la casa; tenían una función heterónoma de Ley: sus disposiciones y dictados obligan a sujetos no intervinientes, y su obligatoriedad y acatamiento se prolongaban durante varias generaciones<sup>40</sup> haciendo las veces de auténticas constituciones familiares. Se trata de un autogobierno del que se maravillaba J. COSTA, quien describe en su prosa cómo al leer algunas

---

<sup>39</sup> DÍEZ-PICAZO, L. *Familia y Derecho*, op. cit., págs. 74-75.

<sup>40</sup> COSTA MARTÍNEZ, J. *Derecho consuetudinario y economía popular de España* (intro. L. Martín-Retortillo), t. I, Guara Editorial, Zaragoza, 1981, págs. 53 y 169; LACRUZ BERDEJO, J.L., «Comentario al art. 3 de la Compilación», *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón* (dir. J.L. Lacruz), t. I, DGA, Zaragoza, 1988, pág. 257.

capitulaciones le parecía ver al individuo pesando tanto como el Estado entero en la balanza del Derecho<sup>41</sup>.

## b. El modelo familiar en el Derecho moderno

En el Derecho antiguo existía una importante proyección de la autonomía de la voluntad, aunque arrostrada por la servidumbre del resto de miembros de la familia; se garantizaba la potestad normativa privada a costa de fuertes constricciones individuales de otras personas. La desregulación y escasez de normas sólo están orientadas a entronizar la autoridad del jerarca, pero esa voluntad legislativa privada es en exclusiva del gobernante doméstico y lo es a costa de la existencia de fuertes relaciones de subordinación y obediencia ciega de los destinatarios de las órdenes a sus dictados. La obediencia exige, p. ej. un principio de inmunidad de la cabeza rectora que puede vigilar y castigar a su buen criterio. Este tipo de familia constituye un freno claro a las demandas de responsabilidad civil; se puede dañar impunemente<sup>42</sup> para lograr el mantenimiento del orden familiar y, por extensión, de la sociedad. El término potestad tiene un sentido distinto del actual y no está funcionalizada o, si lo está, persigue un interés que hoy no es sólo indigno de protección, sino que ha pasado a ser considerado reprochable.

La democratización de la familia y la eliminación de las relaciones de dominación-sujeción, de las que se libera la descendencia cuando se emancipa (ya no es preciso aguardar al fallecimiento del *pater* para dejar de ser *alieno iuris*) exigen por definición prescindir de ese ordenamiento particular interno que segregaba cada familia. En parte importante muchos de los cometidos son asumidos por la autoridad pública y, en particular, desde de la República de Weimar, el Estado del bienestar se hace cargo de un sinnúmero de funciones estratégicas antaño reservadas a la familia y sobre todo se produce un reemplazo considerable en las funciones de carácter asistencial. Sin embargo, la conquista de la igualdad conyugal, la emancipación de la mujer y su inserción en el mercado laboral es quizá el elemento de transformación social que mayor presión ha ejercido en el siglo XX sobre las relaciones jurídico-familiares.

---

<sup>41</sup> COSTA MARTÍNEZ, J. *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses* (intro. J. Delgado), Guara Editorial, Zaragoza, 1981, págs. 76-77.

<sup>42</sup> Este tipo de familia es un freno claro a demandas por daños civiles entre familiares, cfr. RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M. «Luces y sombras...», loc. cit., pág. 3/21.

Uno de los signos más evidentes de la democratización del grupo familiar es la instauración de una diarquía en el gobierno de los asuntos domésticos; se restablece el equilibrio en la adopción de decisiones y surgen dos polos en la relación matrimonial a consecuencia de la igualdad de sexos. A raíz del principio de igualdad, consagrado en muchos textos constitucionales, las decisiones adoptadas vendrán dadas por la negociación<sup>43</sup>. El reconocimiento de la igualdad conyugal supone la sustitución de los criterios de autoridad y mando, y sus correlativos conceptos de obediencia y sumisión, por relaciones basadas en la reciprocidad; las órdenes provenientes del cabeza de familia son desplazadas por el acuerdo, expresión sinigual del nuevo concepto de autonomía privada. Habrá continuos pactos y transacciones entre los miembros componentes de la pareja, y entre ambos o cada uno de ellos y los hijos, para fijar las líneas directrices<sup>44</sup> y tomar decisiones en el ámbito doméstico. Es el modelo que LACRUZ llama «familia contractual, es decir, la establecida en pie de igualdad sobre el vínculo libremente concertado en el momento de la boda»<sup>45</sup>. Es consecuencia lógica del principio igualitario, que se va consagrando en las cartas constitucionales de derechos, al que corresponde una mudanza en la legislación con nuevas leyes más permisivas sobre el divorcio; el tipo de familia patriarcal ha sido sustituido, antes en unos sistemas, más tarde en otros, por el fundado sobre la paridad de los cónyuges»<sup>46</sup>.

Las profundas transformaciones sociales exigen, por tanto, una revisión de los conceptos empleados para explicar la disciplina<sup>47</sup>, que ahora se han visto claramente superados por las reformas legales, p. ej. la doctrina de los estados familiares. Incluso en el seno de las estructuras familiares tienen aplicación las ideas de H. S. MAINE, quien ha combatido contra la sociedad hindú de castas que, en una suerte de predestinación, impide el medro y desarrollo personal. La modernización del antiguo Derecho familiar es un fenómeno explicable en virtud del tránsito del estatus al contrato, acogida no solo por juristas anglosajones, sino también españo-

---

<sup>43</sup> DÍEZ-PICAZO, L. *Familia y Derecho*, op. cit., pág. 23.

<sup>44</sup> DÍEZ-PICAZO, L. *Familia y Derecho*, op. cit., pág. 24.

<sup>45</sup> LACRUZ BERDEJO, J. *Derecho de familia*, Barcelona, Bosch, 1982, pág. 27.

<sup>46</sup> ROCA TRÍAS, E. «El convenio regulador y los conceptos de alimentos, cargas familiares, pensión por desequilibrio e indemnización en caso de nulidad», *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales*, Universidad de Navarra, 1989, pág. 212.

<sup>47</sup> PARRA LUCÁN, M.A. «Autonomía de la voluntad y Derecho de familia», *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado* (coord. L. Prats Albentosa), vol. 1 (*Derecho de la persona, familia y sucesiones*), Wolters Kluwer España, 2012, pág. 117.



les<sup>48</sup>. La mujer puede superar el estatus familiar que la sociedad le reserva con ciertos cometidos para con el grupo y liberarse del rol de esposa y madre en el que se ve involuntariamente confinada. A través del negocio puede abandonar el papel de sujeto semi-incapaz que requiere el constante beneplácito del varón sujetando cualquier actividad patrimonial a licencia marital. El matrimonio cobra una nueva dimensión y pierde su faceta de institución de sujeción o dominación, que infantiliza y minusvalora a la esposa reduciendo su esfera de actuación jurídica, atrapada en un estado civil, que la encasilla en un rol de género dejándola a merced del varón, primero del padre, y luego del marido. Si se hubiera de señalar, entre los diversos factores de transformación social, aquel más trascendental para el rediseño de la familia bajo nuevos postulados sin duda sería la emancipación de la mujer en el siglo XX, que le proporciona independencia económica, sin olvidar la liberación sexual, y la proliferación de métodos anticonceptivos, que le permiten disfrutar de su sexualidad, y controlar la natalidad. Ya no tiene por qué verse abocada a ser madre ni el matrimonio la compromete necesariamente a ello, como evidencia la desaparición del impedimento de impotencia y pondrá de manifiesto después con absoluta claridad la Ley 13/2005.

La participación de la mujer en la toma de decisiones concernientes a la dirección y gobierno de la familia se plasma en acuerdos entre cónyuges o convivientes, que a través del contrato (*rectius* negocio jurídico) van desmontando la obsoleta estructura patriarcal. Desaparece el organigrama piramidal y la necesidad de en que todo grupo humano exista una única potestad directiva y cada miembro tenga preasignada una función conforme al orden natural. La mujer ya no tiene por qué resignarse al cuidado de la prole y del hogar; muy al contrario, desarrolla una actividad remunerada en paridad de grado al varón y así conquista su independencia económica. Este hecho marca el principio del fin, y luego el adiós definitivo a la estructura jerarquizada y al modelo de configuración unitaria, y la bienvenida a la familia moderna, acompañada de una legislación más permisiva sobre el divorcio, a veces también llamada contractual o voluntarística<sup>49</sup>. La familia de tipo patriarcal termina por ser sustituida, más tarde o más temprano, por un sistema fundado sobre la paridad de

---

<sup>48</sup> EGEA FERNÁNDEZ, J., «Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial», *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 3, Civitas, Madrid, 2002, pág. 4558.

<sup>49</sup> MARTÍNEZ AGUIRRE, C. *Diagnóstico...*, op. cit., pág. 25.



los cónyuges<sup>50</sup>, hasta la proliferación de varios modelos alternativos a la familia tradicional, que han desembocado en un polimorfismo familiar.

### C. AUTONOMÍA PRIVADA Y DERECHO DE FAMILIA

Uno de los ámbitos donde la incidencia de la autonomía privada ha sido por tradición más limitada es el campo normativo que disciplina las relaciones familiares. Quizá la penetración inicial de las tesis iuspublicistas, formuladas por CICU en este sector del ordenamiento, así como las concepciones iusnaturalistas ancladas por siglos de historia, que hacían de la familia una realidad objetiva e inmutable, expliquen el margen tan limitado que siempre se ha concedido a la libertad individual, salvo para ensalzar la supremacía del marido. Dicha nota definitoria aparece recogida en la manualística española, donde se resalta su tradicional carácter indisponible, compuesto mayormente por reglamentación imperativa. Ilustrativa de esta tendencia, casi multiseccular, que ha perdurado en España hasta la década de los 80 es una conocida afirmación del académico DE LA CÁMARA. En uno de los primeros estudios monográficos sobre el particular, subrayaba que agrupar en la misma oración conceptos como autonomía privada y Derecho de familia hace 50 años habría sonado a herejía jurídica<sup>51</sup> y probablemente convulsionado a las mentes bien-pensantes de la época. A mediados de los 60 se aprecia el esfuerzo de extrapolar el típico instrumento de expresión de la voluntad individual a esta rama del ordenamiento jurídico y darle cabida en las relaciones familiares hasta construir una categoría general de esta clase de negocios jurídicos<sup>52</sup>, más mediatizada por el orden público y las normas *de ius cogens*.

Es interesante llamar la atención sobre el hecho de que, casi otro medio siglo después, cuestiones que antaño parecían proscritas por la moral y constituían tabú, como el pacto sobre la educación irreligiosa de los hijos, son acogidas por la sociedad actual, con una leve sonrisa<sup>53</sup>. Es más, el estudio de la autonomía de la voluntad conyugal en algunas parcelas de la institución matrimonial, principalmente con ocasión del escenario

---

<sup>50</sup> ROCA TRÍAS, E. «El convenio regulador...», op. cit., pág. 212.

<sup>51</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. *La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la Familia*, Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada, nº 65, mayo 1986.

<sup>52</sup> DÍEZ-PICAZO, L. «El negocio jurídico del Derecho de familia», *RGLJ*, nº 6, jun. 1962, págs. 771 y ss.

<sup>53</sup> PARRA LUCÁN, M.A «Autonomía de la voluntad...», op. cit., pág. 159.

postrutura, ha llegado incluso a convertirse hoy en un tema estrella<sup>54</sup>. Sin ánimo de trivializar, es curioso comprobar cómo esa fatídica relación entre poder normativo privado e instituciones familiares, sacrosantas, y sacralizadas, pertenecientes a un inaccesible orden natural, como el matrimonio, han pasado de la censura más mordaz a estar completamente de moda<sup>55</sup>. La determinación de la mayor o menor amplitud del principio de autonomía de la voluntad en esta disciplina es, además, una cuestión fuertemente influida por concepciones morales y sociológicas y, por tanto, en constante evolución, que avanza en paralelo, al igual que, hemos visto, avanza el concepto mismo de familia<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> PAZ ARES, I. «Previsiones capitulares», *Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia*, Asociación Española de Abogados de Familia, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 101; LÓPEZ DE LA CRUZ, L. «La libertad individual como elemento integrante del concepto de matrimonio. Su especial manifestación en la disolución del vínculo conyugal», *ADC*, vol. 62, nº 2, 2009, pág. 740.

<sup>55</sup> ROCA TRÍAS, E. «Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis», *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 2108.

<sup>56</sup> PÉREZ HERESA, J., «La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales», *AAMN*, t. XLVIII, curso 2007/2008, pág. 553.

# ÍNDICE

<b>I. INTRODUCCIÓN</b> .....	5
A. AUTONOMÍA PRIVADA Y SUJETO DE DERECHO .....	5
a. Tesis clásica: la familia como realidad objetiva e inmanente ...	8
b. Tesis moderna: la familia como producto histórico-cultural.....	11
B. AUTONOMÍA PRIVADA Y FAMILIA: EL INDIVIDUO DENTRO DEL GRUPO SOCIAL.....	15
a. El modelo familiar de Derecho antiguo .....	15
b. El modelo familiar en el Derecho moderno .....	17
C. AUTONOMÍA PRIVADA Y DERECHO DE FAMILIA .....	20
<b>II. AUTONOMÍA PRIVADA Y MATRIMONIO</b> .....	23
1. LA PROMESA DE MATRIMONIO.....	23
A. CONCEPTO Y ANTECEDENTES DE LA PROMESA.....	23
B. NATURALEZA JURÍDICA.....	25
a. Tesis contractualista .....	26
b. Tesis legalista .....	27
C. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA PROMESA MATRIMONIAL.....	28
D. IRRELEVANCIA JURÍDICA Y DEBER DE REPARAR EL DAÑO.....	31
E. FUNDAMENTACIÓN DEL ART. 43 CC .....	33
2. AUTONOMÍA PRIVADA Y CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO.....	38
A. EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL .....	38
A. INTRODUCCIÓN .....	38
B. LOS ELEMENTOS ACCIDENTALES .....	39
C. EL CASO PARTICULAR DEL MODO .....	41
D. LA FORMA MATRIMONIAL .....	42

a. El matrimonio original como contrato privado .....	42
b. El matrimonio como acto oficializado .....	43
c. El mimetismo matrimonio canónico – matrimonio civil .....	44
d. La forma de emisión y recepción del consentimiento matrimonial .....	46
i. La función de la solemnidad hoy .....	47
ii. La forma como criterio institucional diferenciador del matrimonio frente a otros modelos familiares.....	48
E. SIMULACIÓN MATRIMONIAL Y MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA .....	50
3. AUTONOMÍA PRIVADA Y EFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO .....	55
A. EL CONTENIDO DE LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL.....	55
B. CARACTERES DE LOS DEBERES CONYUGALES .....	56
C. INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES .....	57
D. DISPENSA PREVIA DE TODOS O ALGUNOS DE LOS DEBERES.....	59
E. LA MODULACIÓN DE LOS DEBERES CONYUGALES.....	61
F. PACTOS DE NATURALEZA PERSONAL: ¿DEBERES CONYUGALES CONVENCIONALES? .....	63
G. DEBERES CONYUGALES Y PENAS CONVENCIONALES ...	66
H. DAÑOS MORALES Y DERECHO DE FAMILIA.....	68
a. Matrimonio y responsabilidad civil en un sistema de divorcio causal.....	68
b. Matrimonio y responsabilidad civil en un sistema de divorcio libre .....	70
c. ¿Personalización del matrimonio o retorno al pasado?.....	75
4. AUTONOMÍA PRIVADA Y EFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO .....	78
A. ANTECEDENTES DE LAS CAPITULACIONES Y ORIGEN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL .....	78
B. CONTENIDO HETEROGÉNEO DE LAS CAPITULACIONES ..	81
C. LA ESTIPULACIÓN CAPITULAR COMO EXPRESIÓN DE AUTONOMÍA PRIVADA.....	84
a. El objeto de la estipulación capitular .....	86
b. Remisión a otros Derechos .....	87
c. Límites por deficiencias en el sistema de publicidad capitular .....	88
D. LOS LÍMITES DE FORMA Y CONTENIDO A LAS CAPITULACIONES .....	93
a. La forma de los capítulos .....	93
b. Introducción a los límites de la autonomía privada .....	96
c. El régimen matrimonial primario .....	97

i. Necesidad de señalamiento expreso del carácter imperativo: el caso de la vivienda familiar .....	100
ii. Levantamiento y responsabilidad por cargas familiares.....	102
i'. Pacto de modulación en la contribución a las cargas.....	104
ii'. Pacto de exoneración de contribuir a las cargas .....	107
d. La igualdad conyugal como límite a la autonomía privada.....	111
a. La discriminación sexual: situación preconstitucional.....	111
b. El nuevo orden constitucional: el principio de igualdad.....	114
c. La técnica legislativa y el valor simbólico de algunas normas.....	116
d. Introducción del art. 1328 y su crítica doctrinal.....	117
i. Progresiva reconducción del 1328 a los límites generales ..	121
i. ¿Dónde se sitúan los límites en la actualidad?.....	122
i'. Pactos sobre la vida personal y familiar .....	122
ii'. Pactos sobre gestión patrimonial: ¿cabe excluir a un cónyuge?.....	122
e. La mutabilidad y retroactividad del REM.....	124
a. La mutabilidad del régimen económico-matrimonial .....	124
b. Libertad contractual entre cónyuges.....	125
c. Negocio jurídico de aportación y libre configuración del activo.....	127
d. Los «nuevos» remedios frente a la autonomía privada.....	130
i. Anulabilidad negocial frente a la captación de voluntad...	130
ii. El mecanismo de la inoponibilidad (art. 1317 CC).....	131
iii. Inaplicabilidad de las acciones rescisorias .....	134
e. Elementos accidentales y carácter retroactivo.....	136
5. AUTONOMÍA PRIVADA Y DIVORCIO .....	138
A. SU INCIDENCIA SOBRE LA CONFIGURACIÓN DEL MATRI- MONIO .....	138
a. Descripción del sistema 1981-2005: divorcio-remedio .....	138
b. Descripción del sistema 2005-2015: divorcio-derecho .....	141
c. Descripción del sistema 2015-hoy: divorcio notarial.....	148
B. EL RECONOCIMIENTO IMPLÍCITO DEL DIVORCIO EN LA CONSTITUCIÓN.....	157
a. ¿Derecho constitucional al divorcio?.....	159
b. Divorcio y penas convencionales.....	161
c. Causas de separación y divorcio... ¿otra vez? .....	166
6. AUTONOMÍA PRIVADA Y PRESTACIÓN COMPENSATORIA ...	171
A. DIVORCIO-REMEDIO Y PENSIÓN COMPENSATORIA .....	171
B. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESTACIÓN .....	172
C. DISPONIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA ..	174
a. Renuncia anticipada y unilateral.....	175
i. Argumentos en contra de la renunciabilidad.....	175

ii. Argumentos a favor de su renunciabilidad.....	177
iii. La renuncia anticipada a la prestación en la actualidad.....	179
D. CULPABILIDAD EN LA RUPTURA Y PRESTACIÓN COMPENSATORIA.....	181
E. DIVORCIO LIBRE Y PRESTACIÓN COMPENSATORIA.....	183
a. Temporalización de la prestación .....	186
b. Modulación de la prestación compensatoria .....	190
<b>III. NUEVAS TENDENCIAS EN EL DERECHO DE FAMILIA .....</b>	<b>193</b>
1. Autonomía privada y libre desarrollo de la personalidad: a cada individuo su familia, a cada familia su Derecho .....	193
2. Autonomía privada y subjetivación de la familia: la privatización-contractualización de las instituciones.....	197
3. Autonomía privada y poliformismo familiar: la libertad de opción entre distintos modelos.....	200
4. Autonomía privada y pérdida de relevancia formal: las relaciones fácticas y el triunfo de la familia de hecho .....	204
5. Autonomía privada y cambio de paradigma matrimonial: de la familia contractual a la familia asociativa .....	210
<b>IV. BIBLIOGRAFÍA ESCOGIDA .....</b>	<b>215</b>

