

# REFLEXIONES ACERCA DE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN EN EL DERECHO DE FAMILIA MODERNO: ANÁLISIS COMPARADO

## ARTÍCULO

GLEND A LABADIE JACKSON\*

I. La privatización de las relaciones familiares .....	537
A. Planteamiento .....	537
B. El desarrollo de un ordenamiento privado regulador del matrimonio y de sus consecuencias.....	539
II. La naturaleza contractual del matrimonio.....	541
A. Libertad de constituir el vínculo matrimonial .....	542
B. Características singulares del matrimonio que lo distinguen de otros contratos .....	545
i. La <i>incoercibilidad</i> de los deberes matrimoniales .....	545
ii. Contrato con posibilidad de disolución unilateral.....	546
III. Libertad de pactar el contenido del matrimonio ante un sistema robusto de normas por defecto.....	548
IV. Tipología de los contratos matrimoniales .....	552
A. Acuerdos prenupciales versus acuerdos post-nupciales.....	554
V. Algunas acotaciones finales .....	558

### I. LA PRIVATIZACIÓN DE LAS RELACIONES FAMILIARES

#### A. Planteamiento

LA AUTONOMÍA PRIVADA EN MATERIA DE CONTRATOS, COMO ES SABIDO, SE manifiesta primordialmente a través del principio de la libertad contractual, que implica el reconocimiento de determinadas esferas que pueden ser objeto de regulación privada. En tal marco, el Estado, por medio de su poder coercitivo y con ciertos límites, ejerce la función de garantizar el cumplimiento de las normas creadas por los individuos.

A pesar de que los órganos del Estado aún imponen múltiples cortapisas a la libertad de contratación en el ámbito del Derecho de Familia, no hay duda de que hoy día ha quedado superado el debate acerca de si la autonomía privada tiene cabida en este ámbito.

---

\* Catedrática Asociada de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

Los ordenamientos jurídicos que constituirán los dos puntos de referencia principales en el presente escrito –el español y el estadounidense– precisamente presentan como nota común el momento histórico en el que comenzó a despuntar la idea de la admisibilidad de la regulación privada de las relaciones familiares.

Así, hace más de medio siglo, Díez-Picazo, en un breve ensayo titulado *El negocio jurídico del Derecho de Familia*<sup>1</sup> acuñó en España el concepto de *negocio jurídico familiar*, que definió como “aquel acto de autonomía de las personas que tiene por objeto la constitución, modificación, extinción o reglamentación de una relación jurídica familiar”.<sup>2</sup>

En una obra posterior, dicho autor –sin dejar de reconocer los factores que limitan la autonomía privada en este ámbito, particularmente los referentes al orden público familiar– subrayó que el principio de la igualdad entre los individuos, así como el pluralismo en los modelos de vida, justificaban la admisibilidad de los negocios jurídicos familiares.<sup>3</sup>

En los Estados Unidos, la concepción de la importancia de la aplicación de los conceptos de autonomía (*decisional autonomy*) y de privacidad (*individual privacy*) en el contexto de la regulación de las relaciones familiares se le atribuye a las ideas esbozadas por Roscoe Pound en su influyente artículo *Individual Interests in the Domestic Relations*.<sup>4</sup> Sin embargo, no fue hasta los años setenta que dicha concepción comenzó a ejercer una influencia importante en la regulación del Derecho de Familia estadounidense.<sup>5</sup>

Recientemente se ha atestiguado un indudable despunte del desarrollo de un ordenamiento privado regulador de las relaciones familiares. De ahí que haya comenzado a hablarse insistentemente del fenómeno de la *subjetivización, desregulación o privatización* del Derecho de Familia, conceptos que se utilizan para describir el progresivo ensanchamiento de la libertad de contratación en este ámbito.

En España, dicho fenómeno suele atribuirse a la entrada en vigor de las leyes reformadoras del Código Civil de 13 de mayo y de 7 de julio de 1981, que le concedieron una mayor importancia a la autonomía privada en este ámbito, lo que

---

<sup>1</sup> El ensayo fue publicado originalmente en Luis Díez-Picazo, *El negocio jurídico del Derecho de Familia*, 44 REV. GEN. LEG. JURISP. 771 (1962). También fue publicado en una obra independiente: LUIS Díez-PICAZO, *EL NEGOCIO JURÍDICO DEL DERECHO DE FAMILIA* 1-24 (1962).

<sup>2</sup> Díez-Picazo, *supra* nota 1, en la pág. 780.

<sup>3</sup> LUIS Díez-PICAZO, *FAMILIA Y DERECHO* 89-93 (1984).

<sup>4</sup> Roscoe Pound, *Individual Interests in the Domestic Relations*, 14 MICH. L. REV. 177 (1916).

<sup>5</sup> Para el desarrollo histórico de dichos conceptos, véase Jana B. Singer, *The Privatization of Family Law*, 1992 WIS. L. REV. 1443, 1509-67 (1992); ROBERT BELLAH *ET AL.*, *HABITS OF THE HEART, INDIVIDUALISM AND COMMITMENT IN AMERICAN LIFE* (1985); Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890).

se refleja en las nuevas concepciones acerca de la organización familiar y en la admisibilidad de distintos tipos de pactos entre los cónyuges.<sup>6</sup>

Asimismo, a partir de la década de los años setenta uno de los rasgos característicos del Derecho de Familia estadounidense ha sido la contractualización (*contractualization*) de las relaciones familiares.<sup>7</sup>

Por otra parte, el reconocimiento de derechos fundamentales en las constituciones democráticas frecuentemente se identifica como otro factor que ha ejercido influencia en el proceso de privatización de las relaciones familiares. Así, la llamada *constitucionalización* del Derecho de Familia ha desembocado en la adopción de normas reguladoras de las relaciones jurídico-familiares justificadas a partir de valores y principios constitucionales compatibles con la privatización, tales como la libertad y la autonomía individual.<sup>8</sup>

Estas cuestiones, como se verá, reconducen a uno de los interrogantes siempre presentes en el Derecho de Familia, a saber, cómo formular un adecuado equilibrio entre los derechos familiares e individuales, por un lado, y los intereses estatales, por el otro.

#### *B. El desarrollo de un ordenamiento privado regulador del matrimonio y de sus consecuencias*

La formulación de normas privadas que han venido a suplantar o complementar las reglas impuestas por el Estado se ha extendido virtualmente a todos los órdenes del Derecho de Familia. Se manifiesta, sin embargo, de forma más patente en el ámbito del matrimonio, lo que posibilita que los cónyuges formulen normas que se ajusten a sus circunstancias y necesidades particulares y pro-

---

6 ENCARNA ROCA TRÍAS, *FAMILIA Y CAMBIO SOCIAL: DE LA CASA A LA PERSONA* 70 (1999).

7 Véase Jeffrey Evans Stake & Michael Grossberg, *Roundtable: Opportunities for and Limitations of Private Ordering in Family Law*, 73 IND. L.J. 535 (1998); Bruce C. Hafen, *Individualism and Autonomy in Family Law: The Waning of Belonging*, 1991 BYU L. REV. 1 (1991).

8 El origen del cambio en la forma de concebir las relaciones familiares, manifestado en la regulación del Derecho de Familia español, suele atribuirse al reconocimiento de derechos fundamentales en la Constitución de España. Véase José Luis Martínez López-Muñiz, *La familia en la Constitución española*, 58 REV. ESP. DER. CONST. 11, 11-43 (2000); Pietro Perlingieri, *La familia en el sistema constitucional español*, 72 REV. DER. PRIV. 107, 107-13 (1988); Iván Carlos Ibán Pérez, *El matrimonio en la Constitución*, 64 REV. DER. PRIV. 137, 137-45 (1980).

Asimismo, en los Estados Unidos, en la década de los años setenta, el Tribunal Supremo, valiéndose de los conceptos de autonomía, privacidad y libertad, comenzó a conferir protección constitucional a una gama de decisiones individuales de los integrantes de la familia. Véase Hafen, *supra* nota 7, en la pág. 2. Véase además David D. Meyer, *The Constitutionalization of Family Law*, 42 FAM. L.Q. 529 (2008); Lynn D. Wardle, *Lessons from the Bill of Rights About Constitutional Protection for Marriage*, 38 LOY. U. CHI. L.J. 279, 285-91 (2007); MARY ANN GLENDON, *THE TRANSFORMATION OF FAMILY LAW: STATE, LAW, AND FAMILY IN THE UNITED STATES AND WESTERN EUROPE*, 88-89 (1989).

vean sus propias soluciones a problemas para los que no necesariamente las reglas estatales por defecto son adecuadas.<sup>9</sup>

Además de los factores que esboqué anteriormente que han ejercido influencia en el proceso de la privatización del Derecho de Familia, se ha indicado que un factor adicional que puede haber contribuido a la privatización del matrimonio es la *disgregación entre el Derecho matrimonial y la moral*, esto es, la tendencia que refleja que las concepciones morales acerca de las relaciones de pareja paulatinamente han dejado de ocupar un rol central en el discurso jurídico. Ello pudiera hacer más difícil justificar la intervención estatal intensa en este ámbito y descartar la institución del contrato como instrumento regulador de las relaciones matrimoniales y de sus consecuencias.<sup>10</sup>

De hecho, la transformación de la institución del divorcio durante los últimos cuarenta años precisamente constituye el rechazo a la concepción de que los cónyuges debían mantenerse vinculados a menos que alguno de ellos incumpliera los deberes matrimoniales impuestos por ley. El divorcio culposo y sus consecuencias eran, en cierta medida, un reflejo del sentido moral social de cómo debía ser la relación entre los esposos. Sin embargo, el divorcio sin culpa vino a trasladar a la pareja la facultad de determinar cuáles son las obligaciones personales cuyo incumplimiento ha de motivar la ruptura matrimonial.

Dichas transformaciones acerca de la concepción del matrimonio y del divorcio han facilitado el desarrollo de un orden contractual privado en este contexto. Se favorece, pues, que sean las partes, por la vía contractual, las que determinen las consecuencias del matrimonio y de su disolución, a tono con sus intereses, expectativas y concepciones morales individuales.

Por otro lado, cabe indicar que la progresiva privatización del matrimonio también es asociada con el rechazo a los roles tradicionales definidos en función de género.<sup>11</sup> En este ámbito subyace la idea de que la perfección de un contrato es una *empresa igualitaria* –al menos en teoría– que viene precedida del consentimiento de personas independientes y autónomas. En consecuencia, la *contractualización* del matrimonio tradicionalmente se ha concebido como una forma adicional de reconocer la igualdad formal del hombre y la mujer, argumento que

---

<sup>9</sup> Por ejemplo, en otros ámbitos como en el de la constitución de las relaciones paternofiliales, está potenciándose cada vez más el respeto a la autonomía privada y la libertad de contratación. Véase Bruce C. Hafen, *The Constitutional Status of Marriage, Kinship, and Sexual Privacy: Balancing the Individual and Social Interests*, 81 MICH. L. REV. 463 (1983); Singer, *supra* nota 5, en las págs. 1531-35.

<sup>10</sup> Carl E. Schneider, *Moral Discourse and the Transformation of American Family Law*, 83 MICH. L. REV. 1803, 1807-08 (1985); MARY ANN GLENDON, RIGHTS TALK: THE IMPOVERISHMENT OF POLITICAL DISCOURSE 12-15 (1991).

<sup>11</sup> El artículo 32 de la Constitución de España reconoce el principio de igualdad de los esposos. Dicho principio también ha sido un subtema de las decisiones judiciales del Tribunal Supremo de los Estados Unidos relativas al derecho constitucional a la privacidad y a la autonomía individual en el contexto de las relaciones familiares. C.E. art. 32, B.O.E. n.311, 29 de diciembre de 1978 (España). Véase, e.g., *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) (resolviendo que el derecho a contraer matrimonio es de carácter constitucional).

se ha utilizado por algunos autores para apoyar la admisibilidad de los acuerdos matrimoniales.<sup>12</sup>

A mi juicio, dicha concepción es poco realista. La concepción de que el contrato constituye un instrumento que ayuda a prevenir las desigualdades en función de género quiebra ante la realidad de que, en la práctica, los acuerdos matrimoniales tienden a perjudicar al cónyuge económicamente más vulnerable, que en la mayoría de los casos todavía sigue siendo la esposa. Ello implica que este tipo de contrato no necesariamente previene la distribución desigual de recursos en perjuicio de las mujeres.<sup>13</sup>

En ese sentido, es importante destacar que el valor que tiene la privatización del matrimonio presupone que la autonomía privada está limitada primordialmente por barreras impuestas por el Estado y no por las que surgen a raíz de las concentraciones privadas de riqueza o de poder. Si las segundas son las que limitan el control de los individuos sobre este tipo de aspecto fundamental de sus vidas, es probable que la privatización exacerbe el problema. De hecho, como se expondrá a lo largo del presente escrito, precisamente en estos supuestos la protección estatal podría ser aún más necesaria para evitar injusticias.<sup>14</sup>

En consecuencia, aunque el concepto de privatización tiende a entrelazarse con los de capacidad y libertad de elección, las alternativas que tienen los individuos para organizar las relaciones matrimoniales y familiares siempre habrán de quedar restringidas por sus condiciones sociales, económicas, psicológicas y la privatización tiende a contribuir muy poco a cambiarlas.

## II. LA NATURALEZA CONTRACTUAL DEL MATRIMONIO

El tema de la aplicación del principio de la libertad de contratación en los aludidos contextos reconduce al debate en torno a la naturaleza jurídica del matrimonio, que históricamente ha tenido notable importancia toda vez que ha contribuido a la construcción teórica del Derecho matrimonial.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Lloyd R. Cohen sostiene que los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial pueden contribuir a alterar dichos roles, lo que inclinaría la balanza a favor de las mujeres. No obstante, es interesante que pone de relieve que las mujeres que asumen el rol *tradicional* son las que con menos probabilidad lleguen a negociar un contrato en previsión de ruptura matrimonial que les favorezca. Lloyd R. Cohen, *Marriage: The long-term contract* en *THE LAW AND ECONOMICS OF MARRIAGE AND DIVORCE* 29 (Anthony W. Dnes & Robert Rowthorn eds., 2002). Véase además Leah Guggenheimer, *A Modest Proposal: The Feminomics of Drafting Premarital Agreements*, 17 *WOMEN'S RTS. L. REP.* 147 (1996).

<sup>13</sup> Gail Frommer Brod, *Premarital Agreements and Gender Justice*, 6 *YALE J.L. & FEMINISM* 229, 235 (1994).

<sup>14</sup> *Id.*

<sup>15</sup> Los límites del escrito impiden analizar todas las cuestiones que plantea el tema de la naturaleza jurídica del matrimonio, pugna antigua, pero de la que todavía quedan algunos vestigios. A modo de ejemplo, cabe señalar que uno de los debates clásicos es el que gira primordialmente en

*A. Libertad de constituir el vínculo matrimonial*

Conviene subrayar que la doctrina española mayoritaria ha otorgado al matrimonio naturaleza de negocio jurídico. En concreto, el matrimonio se ha categorizado como un “un negocio jurídico de Derecho de familia”.<sup>16</sup> El hecho de que se considere que el matrimonio es un negocio jurídico ha llevado consiguientemente a debatir si es posible ubicarlo en la categoría general de los contratos.

Uno de los argumentos principales con los que se ha enfrentado la concepción *contractualista* del matrimonio es que este no encaja en la construcción jurídica tradicional del contrato porque es el Estado, y no los contratantes, el que establece la mayoría de las obligaciones y derechos matrimoniales. Dicha concepción, a mi juicio, parte del presupuesto de que para que haya contrato no es suficiente que una manifestación bilateral de voluntad produzca efectos jurídicos, sino que es preciso, además, que todos sean convenidos por las partes.

Discrepo de la concepción antes esbozada. El hecho de que el ordenamiento restrinja la libertad de establecer el contenido de determinados negocios no los priva de su carácter contractual. Así, no es obstáculo a la concepción del matrimonio como contrato el hecho de que la mayoría de los derechos y obligaciones matrimoniales sean definidos por el Estado. Una serie de imperativos económicos y sociales pueden exigir que el contenido de determinados contratos –como son, por ejemplo, el contrato de trabajo y el de arrendamiento– no se deje al juego de la autonomía privada y que el Estado los dote de un contenido primordialmente imperativo. Son muchos los casos en los que, incluso, un contratante se adhiere a una serie de normas impuestas por el otro contratante, sin que se niegue el carácter contractual de este tipo de acuerdo.<sup>17</sup>

En consecuencia, el matrimonio es un contrato aun si las partes no tienen total libertad para fijar su contenido. En ese sentido, conviene subrayar que la autonomía privada, manifestada a través del principio de la libertad contractual, tiene dos dimensiones fundamentales. La primera consiste en la posibilidad de contratar o no contratar. La segunda dimensión se manifiesta en la posibilidad de fijar el contenido del contrato. A mi modo de ver, el elemento verdaderamente distintivo del contrato estriba en la primera dimensión, esto es, en el libre acuerdo de voluntades que produce efectos jurídicos.<sup>18</sup>

---

torno al interrogante de si el matrimonio es un acto o un negocio jurídico. Véase 4 LUIS DíEZ-PICAZO & ANTONIO GULLÓN, SISTEMA DE DERECHO CIVIL 63 (8va ed. 2004).

<sup>16</sup> Díez-Picazo, *supra* nota 1, en la pág. 780. Algunos de los autores españoles que coinciden con respecto a dicha clasificación del matrimonio son: FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, EL NEGOCIO JURÍDICO 27 (1985); 1 DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, MANUAL DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL 503 (8va ed. 1982); 1 JAIME SANTOS BRIZ, DERECHO CIVIL. TEORÍA Y PRÁCTICA 629 (1978); 1 FEDERICO PUIG PEÑA, COMPENDIO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL 483 (1976); 1 RAMÓN BONET, COMPENDIO DE DERECHO CIVIL 616 (1959); MANUEL ALBALADEJO, EL NEGOCIO JURÍDICO 70 (1958).

<sup>17</sup> DíEZ-PICAZO & GULLÓN, *supra* nota 15, en las págs. 31-34, 77-80.

<sup>18</sup> 1-II LUIS DíEZ PICAZO & ANTONIO GULLÓN, INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL 23 (2da ed. 1998) (1995).

La referida doble dimensión de la autonomía privada es particularmente relevante en el ámbito del matrimonio. La primera dimensión siempre se ha dado por existente, sin mayores cuestionamientos. De hecho, por mucho tiempo se entendía que la única –o al menos, la principal– manifestación de la autonomía privada en este contexto consistía en la libertad de entrar o no entrar en la relación matrimonial.

La segunda dimensión, esto es, la autonomía de los cónyuges de pactar los términos de la relación, es fruto de una elaboración más moderna del Derecho matrimonial. En consecuencia, la *contractualización* del matrimonio es el resultado del reconocimiento paulatino de la facultad de los cónyuges de otorgar acuerdos con el objeto de regular el matrimonio, tanto en supuestos de normalidad, como en casos de crisis o ruptura. Ello, sin duda, ha provocado que actualmente el acento se coloque en los límites de dicha facultad.

Por otra parte, el hecho de que el matrimonio tenga otros fines que no sean económicos tampoco le priva de su naturaleza contractual. De hecho, existen otros contratos cuya naturaleza como tales no se cuestiona, a pesar de que no consisten en un mero intercambio de bienes y persiguen finalidades más personales como, por ejemplo, un contrato en virtud del cual una persona se encarga de cuidar a otra.

De la exposición previa se deduce: primero, que la limitación, o incluso la carencia, de la libertad para determinar el contenido del contrato no resulta antitética al concepto del contrato; segundo, el ámbito limitado de autonomía privada no es un elemento exclusivo del matrimonio.

Por consiguiente, cabe concluir que el hecho de que determinados aspectos del matrimonio vengan establecidos de modo imperativo por el ordenamiento jurídico y que existan mayores límites a la autonomía privada en este ámbito no altera la conclusión de que el matrimonio, efectivamente, es un contrato.

A modo comparativo, merece la pena analizar brevemente si en los Estados Unidos también se ha adoptado la caracterización del matrimonio como contrato. En dicho ordenamiento también han surgido debates importantes acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio. En concreto, la discusión se ha centrado en la interrogante de si es acertada la caracterización del matrimonio como una institución que históricamente ha dejado de ser un estatus para convertirse en un contrato.<sup>19</sup> En cualquier caso, lo cierto es que la abrumadora mayoría de los

---

<sup>19</sup> Robert C. Casad, *Unmarried Couples and Unjust Enrichment: From Status to Contract and Back Again?*, 77 MICH. L. REV. 47, 51-54 (1978); MARY ANN GLENDON, *THE NEW FAMILY AND THE NEW PROPERTY* 43-46 (1981). Se han esbozado diferentes argumentos para cuestionar la caracterización de la evolución histórica del matrimonio como una transición de estatus a contrato. Por ejemplo, se ha argumentado que existe evidencia histórica de que el carácter contractual del matrimonio tiene orígenes antiguos, toda vez que en el Medioevo los esposos podían establecer o modificar sus derechos y deberes maritales sin la intervención del Estado. LAWRENCE STONE, *UNCERTAIN UNIONS AND BROKEN LIVES: MARRIAGE AND DIVORCE IN ENGLAND* 20-25 (1995). Otros comentaristas han indicado

autores estadounidenses también han adoptado la concepción de que el matrimonio es un contrato. En apoyo a dicha conclusión, se ha utilizado tradicionalmente, con buen juicio, el argumento de que lo fundamental es que las decisiones con respecto a si, con quién y cuándo contraer matrimonio, recaen en la voluntad de los futuros cónyuges.<sup>20</sup>

Por otro lado, cabe resaltar que no faltan los que equiparan el matrimonio con una sociedad (*partnership*) de un par de socios que aportan recursos, comparten responsabilidades y asumen riesgos en común. La caracterización se basa primordialmente en el argumento de que el matrimonio implica un intercambio de promesas que persigue la obtención de ganancias –que en el matrimonio también pueden ser no económicas– y los socios pueden aportar contribuciones especializadas diferentes.<sup>21</sup>

Una aproximación más moderna, como se discutirá más adelante, es la que considera irrazonable sujetar el matrimonio a la teoría general de los contratos en vista de que se trata de un contrato relacional (*relational contract*).<sup>22</sup> A tenor con dicha teoría, propulsada primordialmente por los autores Elizabeth y Robert E. Scott, se justifica la intervención judicial en este ámbito, incluso cuando las partes otorgan acuerdos matrimoniales. A su entender, ello se fundamenta en el hecho de que, en la mayoría de los casos, los tribunales disponen de más información que los propios cónyuges con respecto a la naturaleza y a las consecuencias jurídicas del matrimonio.<sup>23</sup>

Con todo, el matrimonio, aunque *sui generis*, es un contrato en atención a que se origina en virtud de un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones y produce efectos jurídicos. Sin embargo, presenta determinadas

---

que en las últimas décadas ha perdido terreno la influencia de las visiones religiosas en el desarrollo del Derecho Matrimonial. Por lo tanto, arguyen que la transición no ha sido de estatus a contrato, sino más bien de “sacramento a contrato”. JOHN WITTE, JR., FROM SACRAMENT TO CONTRACT: MARRIAGE, RELIGION, AND LAW IN THE WESTERN TRADITION 194-215 (1997).

<sup>20</sup> Véase Hafen, *supra* nota 7.

<sup>21</sup> Véase, e.g., Amy L. Wax, *Bargaining in the Shadow of the Market: Is There a Future for Egalitarian Marriage?*, 84 VA. L. REV. 509 (1998); Janet L. Dolgin, *The Family in Transition: From Griswold to Eisenstadt and Beyond*, 82 GEO. L.J. 1519, 1534 (1994); Cynthia Starnes, *Divorce and the Displaced Homemaker: A Discourse on Playing with Dolls, Partnership Buyouts and Dissociation Under No-Fault*, 60 U. CHI. L. REV. 67, 119-122 (1993); Joan Krauskopf & Rhonda C. Thomas, *Partnership Marriage: The Solution to an Ineffective and Inequitable Law of Support*, 35 OHIO ST. L.J. 558 (1974).

<sup>22</sup> Elizabeth S. Scott & Robert E. Scott, *Marriage as Relational Contract*, 84 VA. L. REV. 1225 (1998). Véase también Richard E. Speidel, *The Characteristics and Challenges of Relational Contracts*, 94 NW. U. L. REV. 823, 827 (2000); Robert Leckey, *Relational Contract and Other Models of Marriage*, 40 OSGOODE HALL L.J. 1 (2002).

<sup>23</sup> Las características, la importancia y la utilidad de la teoría de los contratos relacionales han sido discutidas extensamente. Véase, e.g., Melvin A. Eisenberg, *Why There Is No Law of Relational Contracts*, 94 NW. U. L. REV. 805 (2000); Randy E. Barnett, *Conflicting Visions: A Critique of Ian Macneil's Relational Theory of Contract*, 78 VA. L. REV. 1175 (1992); Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *Principles of Relational Contracts*, 67 VA. L. REV. 1089 (1981); Ian R. Macneil, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, 72 NW. U. L. REV. 854 (1978).



características singulares, algunas de las cuales se destacan a continuación, que indudablemente le distingue de otros contratos.

*B. Características singulares del matrimonio que lo distinguen de otros contratos*

*i. La incoercibilidad de los deberes matrimoniales*

Algunos ordenamientos establecen expresamente cuáles son los deberes personales que comporta el matrimonio, entre los que se destaca el de ayuda, el de socorro y el de fidelidad.<sup>24</sup> Se trata de deberes éticos o morales incoercibles y, algunos dirían, no jurídicos, cuyo incumplimiento no suele generar responsabilidad patrimonial.<sup>25</sup>

A tenor con el principio normativo que rechaza que las obligaciones personales sean impuestas coercitivamente, evidentemente el remedio del cumplimiento específico no está disponible ante la inobservancia de los deberes matrimoniales. De ordinario, tampoco está disponible el remedio del resarcimiento en daños y perjuicios. A pesar de la proliferación de supuestos de daños morales indemnizables, de ordinario, estos no incluyen los sufridos por infidelidades, abandonos o ausencia de lealtad en las relaciones matrimoniales. Algunos autores sostienen que se trata de asuntos en los que el Derecho no debe entrar a tomar partido. A lo anterior habría que sumarle la incomodidad que supone dilucidar este tipo de asunto ante los tribunales, la dificultad que supondría valorar este tipo de daños, el limitado poder disuasivo de la responsabilidad civil para prevenir el incumplimiento de deberes personales y el posible efecto redistributivo que dichas acciones tendrían con respecto a la riqueza de los cónyuges.<sup>26</sup>

Es interesante resaltar que un sector de la doctrina moderna española sí admite la posibilidad de que en este contexto opere el remedio del resarcimiento en los casos de conductas de especial gravedad o en circunstancias en las que se lesionen derechos o intereses que sean conceptualmente separables del interés

---

<sup>24</sup> Sobre la evolución y el significado de los deberes personales que el Código Civil español impone a los cónyuges, véase José Manuel Lete del Río, *Matrimonio y divorcio*, en COMENTARIOS AL TÍTULO IV DEL LIBRO PRIMERO DEL CÓDIGO CIVIL 627 (José Luis La Cruz Berdejo coord., 1994); MARÍA DEL ROSARIO VALPUESTA FERNÁNDEZ, LOS PACTOS CONYUGALES DE SEPARACIÓN DE HECHO: HISTORIA Y PRESENTE 25 (1982).

<sup>25</sup> Pablo Salvador Coderch & Juan A. Ruiz García, *Comentari a l'art. 1 del Codi de família*, en COMENTARI AL CODI DE FAMÍLIA, A LA LLEI D'UNIONS ESTABLES DE PARELLA I A LA LLEI DE SITUACIONS CONVIVENCIALS D'AJUDA MÚTUA 43-66 (Joan Egea Fernández & Josep Ferrer Riba dirs., 2000). Véase además Laura López de la Cruz, *La incidencia del principio de igualdad en la distribución de las responsabilidades domésticas y familiares (la nueva redacción del artículo 68 del Código Civil tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio)*, REV. DER. PRIV. 3 (2007); 1 María del Carmen Gete Alonso, en COMENTARIO A LAS REFORMAS DEL DERECHO DE FAMILIA 323 (1984).

<sup>26</sup> Véase Josep Ferrer Riba, *Relaciones familiares y límites del derecho de daños*, 4 INDRET 1, 14-15 (2001), [http://www.indret.com/pdf/o65\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/o65_es.pdf).

en el mantenimiento del matrimonio. En ese sentido, aducen que podrían ser indemnizados, por ejemplo, los daños causados a la integridad, salud, libertad, honor o intimidad del cónyuge.<sup>27</sup>

En cualquier caso, en el plano jurídico los remedios que, de ordinario, el incumplimiento de los deberes matrimoniales comporta serán los que provea el Derecho de Familia. De hecho, en los ordenamientos en los que se ha abandonado el divorcio culposo, el incumplimiento de los deberes conyugales ha perdido trascendencia jurídica por haberse eliminado las consecuencias que se adscribían a la infracción de los mismos.<sup>28</sup>

Ahora bien, el hecho de que un ordenamiento no contemple remedios más allá del divorcio ante el incumplimiento de los deberes matrimoniales personales, a mi juicio, no es obstáculo a la definición del matrimonio como contrato. Una conclusión contraria equivaldría a descartar el hecho de que el matrimonio produce múltiples efectos en el ámbito patrimonial durante su vigencia y en el momento de su disolución. Además, desatendería las dinámicas multifacéticas de las relaciones contractuales.<sup>29</sup> Así, el matrimonio contempla el intercambio de promesas dirigidas a establecer un compromiso de duración indefinida de perseguir metas y objetivos comunes. Como ocurre en otros contextos contractuales, además de la ejecución judicial y de los remedios jurídicos disponibles ante el incumplimiento, existe una compleja gama de normas sociales y relacionales que incentivan a las partes a cumplir sus promesas.<sup>30</sup>

## ii. Contrato con posibilidad de disolución unilateral

Históricamente, la admisión del divorcio como forma de extinguir el vínculo matrimonial supuso la quiebra del principio de indisolubilidad del matrimonio. En su lugar, se adoptó un tipo de divorcio que partía de la concepción del matrimonio como una institución que debía preservarse, incluso a costa de la voluntad de los cónyuges. El vínculo marital solo podía disolverse si uno de los

---

<sup>27</sup> *Id.* en las págs. 15-16; María Teresa Marín García de Leonardo, *Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales*, en DAÑOS EN EL DERECHO DE FAMILIA 157 (José Ramón De Verda y Beamonte coord., 2006). Véase también Alma María Rodríguez Guitián, *Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: Daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho*, 10 REV. DER. PATRIMONIAL 65-93 (2003). Un sector minoritario sostiene que la indemnización del daño moral procede en caso de incumplimiento de los deberes matrimoniales. Dicha postura no goza de mayor predicamento. Véase José Ramón De Verda y Beamonte, *Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales*, 6676 DIARIO LA LEY (2007); Ángel Carrasco Perera, *El precio de la infidelidad*, 666 ACTUALIDAD JURÍDICA ARANZADI 1 (2005).

<sup>28</sup> Ferrer Riba, *supra* nota 26, en las págs. 14-16.

<sup>29</sup> Para un análisis en general de factores extrajurídicos que promueven el cumplimiento de los deberes matrimoniales, véase Elizabeth S. Scott, *Social Norms and the Legal Regulation of Marriage*, 86 VA. L. REV. 1901 (2000).

<sup>30</sup> *Id.*; Goetz & Scott, *supra* nota 23, en la pág. 1089.

esposos incumplía con alguno de los deberes que establecía la ley. El divorcio constituía, pues, una sanción a un comportamiento ilegítimo y no una respuesta a todo tipo de crisis conyugal.<sup>31</sup>

Algunos ordenamientos reemplazaron el divorcio –sanción por el divorcio por ruptura irreparable del matrimonio–, lo que sentó las bases de la concepción del divorcio como un remedio ante el fracaso definitivo del matrimonio. En ese sentido, el comportamiento culpable de uno de los cónyuges podría ser pertinente, pero solo como prueba de dicho fracaso.<sup>32</sup>

Junto al divorcio basado en la quiebra irreparable del matrimonio –y en ocasiones sin prescindir del divorcio-sanción– fue consagrándose el divorcio por consentimiento mutuo, cuyo único presupuesto es la voluntad de ambos cónyuges de disolver el vínculo matrimonial.

El último escalafón en la evolución histórica del divorcio es el reconocimiento del derecho a solicitar el divorcio de manera individual y sin necesidad de alegar causa alguna. Este tipo de divorcio, llamado comúnmente divorcio unilateral, supone el triunfo definitivo de la libertad individual en relación con la disolución del matrimonio.<sup>33</sup>

Cabe subrayar que dicha evolución del divorcio no se corresponde con una evolución histórica o cronológica. No todos los ordenamientos han pasado de un divorcio-sanción al reconocimiento de la voluntad individual como única causa de divorcio. El estado de cosas es heterogéneo. Así, es posible identificar ordenamientos que todavía mantienen algún matiz culposo pero no a partir de la superada concepción del divorcio como sanción. Estos ordenamientos representan como denominador común que en ellos coexiste el divorcio por culpa y el divorcio basado en la quiebra de la vida matrimonial o el divorcio por mutuo consentimiento.

Por otra parte, existen ordenamientos en los que la ruptura irreparable de la vida conyugal constituye la causa única del divorcio.<sup>34</sup> De hecho, prácticamente

---

<sup>31</sup> En ocasiones, para que pueda concluirse que la ruptura es *irreparable*, basta demostrar que ha transcurrido determinado periodo de separación. En otros supuestos es preciso demostrar causas más concretas que permitan concluir que la vida conyugal se volvió insostenible. Para una buena síntesis comparada del desarrollo histórico del divorcio en Europa, véase Laura López de la Cruz, *La libertad individual como elemento integrante del concepto de matrimonio. Su especial manifestación en la disolución del vínculo conyugal*, 62 ANUARIO DE DERECHO CIVIL 713 (2009). Con respecto al desarrollo del divorcio en los Estados Unidos, véase Ira Mark Ellman, *Divorce in the United States*, en CROSS CURRENTS: FAMILY LAW AND POLICY IN THE US AND ENGLAND 341-362 (2000) (Sanford N. Katz *et al.*, eds., 2000); Margaret F. Brinig & F.H. Buckley, *No-Fault Laws and At-Fault People*, 18 INT'L REV. L. & ECON. 325 (1998).

<sup>32</sup> López de la Cruz, *supra* nota 31, en las págs. 774-75.

<sup>33</sup> *Id.* en las págs. 746-47.

<sup>34</sup> Los ordenamientos suizo y alemán ejemplifican lo anterior. Sin embargo, en otros ordenamientos han de probarse determinados hechos que confirmen la definitiva ruptura de la convivencia matrimonial. Ello es requerido, por ejemplo, en Inglaterra y en los Países Bajos, así como en las jurisdicciones estadounidenses de Nueva York, Mississippi y Tennessee. Para el estado de los cosas en el Derecho europeo contemporáneo y en los derechos norteamericanos, respectivamente, véase Linda

en todos los países europeos y en las jurisdicciones estadounidenses es admitido que los cónyuges de común acuerdo soliciten el divorcio, supeditado, en la mayoría de los casos, a que transcurra determinado plazo.

Finalmente, cabe destacar que en un grupo creciente de ordenamientos la simple voluntad de uno de ellos es suficiente para obtener el divorcio sin necesidad de acreditar ninguna otra causa.<sup>35</sup>

A pesar de que, como se ha visto, no es posible establecer una evolución lineal de los distintos tipos de divorcio, la institución incuestionablemente ha ido moviéndose hacia la salida libre, sin impedimentos de fondo para ello y con independencia de la voluntad contraria de la otra parte.

Así, la actual concepción del contrato matrimonial y la posibilidad de su disolución unilateral implican que el matrimonio se aparta de otros contratos en el sentido de que es posible que la sola voluntad de una de las partes ponga fin a la relación obligacional. Por lo tanto, es un principio casi universal que nadie puede permanecer casado en contra de su voluntad; por lo que, con más o menos obstáculos dependiendo del sistema del que se trate, siempre es posible disolver el vínculo matrimonial.

### III. LIBERTAD DE PACTAR EL CONTENIDO DEL MATRIMONIO ANTE UN SISTEMA ROBUSTO DE NORMAS POR DEFECTO

Durante mucho tiempo, la regulación del matrimonio reflejaba una marcada injerencia del Estado, una fuerte preferencia por las normas imperativas y el rechazo al desarrollo de un ordenamiento contractual en este ámbito. El Estado, amparándose en la dimensión pública del matrimonio, establecía los requisitos para formar o disolver la única unión formal válida y fijaba las consecuencias de esta. No obstante, como se indicó anteriormente, paulatinamente ha ido fortaleciéndose la concepción del matrimonio como contrato, no ya solo en el sentido tradicional de que las partes tienen la libertad de entrar al matrimonio, sino

---

D. Elrod & Robert G. Spector, *A Review of the Year in Family Law: Parentage and Assisted Reproduction Problems Take Center Stage*, 39 FAM. L.Q. 879, 920 (2006) (Chart 4: Grounds for Divorce and Residency Requirements); 1 Katharina Boele-Woelki et al., *Grounds for Divorce*, en EUROPEAN FAMILY LAW IN ACTION (2003). Véase además Leora Riedberg, *Did Unilateral Divorce Raise Divorce Rates? Evidence from Panel Data*, 88 AM. ECON. REV. 608 (1998); Ira Mark Ellman & Sharon Lohr, *Marriage as Contract, Opportunistic Violence, and Other Bad Arguments for Fault Divorce*, 1997 U. ILL. L. REV. 719 (1997).

<sup>35</sup> Este es, por ejemplo, el sistema imperante en la mayoría de las jurisdicciones estadounidenses y en algunos países europeos como Suecia y Finlandia. De hecho, en España, desde 2005, también es suficiente la simple voluntad de uno de los cónyuges para obtener el divorcio sin necesidad de acreditar ninguna otra causa. Acerca del principio del libre desarrollo de la personalidad en relación con la reforma operada en España por las leyes de 1 y 8 de julio de 2005, véase José Ramón Verda y Beaumont, *El libre desarrollo de la personalidad como principio inspirador de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, en COMENTARIOS A LAS REFORMAS DE DERECHO DE FAMILIA DE 2005, 29 (2005).

también en el sentido del reconocimiento progresivo de la posibilidad, con ciertos límites, de pactar su contenido.

Una serie de transformaciones sociales, entre las que destacan el aumento en la tasa de divorcios y la recomposición familiar, han promovido el fortalecimiento y ampliación de la libertad de pacto para regular el matrimonio y sus consecuencias. No hay duda de que la necesidad de planificación y de la toma de decisiones basadas en proyecciones futuras es más patente cuando está presente la posibilidad de que el matrimonio sea una condición no permanente y cuya duración únicamente habrá de depender de que los cónyuges consideren que siguen cumpliéndose los fines del mismo.<sup>36</sup>

Por las razones antes esbozadas, cada vez más, los contrayentes previamente divorciados –en particular si tienen hijos de relaciones previas– constituyen un subgrupo importante que prefiere otorgar contratos con sus nuevos cónyuges con el propósito de equilibrar las obligaciones con respecto a su familia anterior y la nueva y asegurar que, en caso de crisis matrimonial, sus hijos reten gan cierta riqueza de la familia. Asimismo, los acuerdos en previsión de ruptura pueden contribuir a obtener un divorcio menos costoso y contencioso.<sup>37</sup>

Por otra parte, la tendencia actual de retrasar el momento en el que se contrae matrimonio aumenta la probabilidad de que el mismo sea celebrado en una etapa en la que uno o ambos futuros esposos ya hayan acumulado un caudal propio que deseen proteger.

Este tipo de acuerdos, pues, permite a los futuros esposos apartarse de las normas jurídicas por defecto, descartar los regímenes preestablecidos por el Estado y reemplazarlos por otros que tomen en cuenta sus particulares circunstancias. Ello satisface la creciente aspiración de las parejas de *personalizar* sus relaciones matrimoniales. Después de todo, el contrato es un instrumento que precisamente reconoce la diversidad y confiere deferencia a valores, necesidades y preferencias divergentes por encima de otras más estandarizadas.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Marjorie Maguire Shultz, *Contractual Ordering of Marriage: A New Model for State Policy*, 70 CALIF. L. REV. 204, 249 (1982). En España se expresan en similares términos, por ejemplo, Núria Ginés Castellet, *Los pactos en previsión de ruptura matrimonial en el Derecho Civil de Cataluña: otorgamiento, contenido y eficacia*, en LA FAMILIA DEL SIGLO XXI: ALGUNAS NOVEDADES DEL LIBRO II DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA, 51-94 (2011) (ampliado en Núria Ginés Castellet, *Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña*, 727 REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO 2577, 2581-82 (2011)); María Paz García Rubio, *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil*, 56 ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1657, 1658 (2003).

<sup>37</sup> Maguire Shultz, *supra* nota 36, en la pág. 249.

<sup>38</sup> *Id.* en la pág. 248. Véase Barbara Stark, *Marriage Proposals: From One-Size-Fits-All to Postmodern Marriage Law*, 89 CALIF. L. REV. 1479 (2001); James Herbie Difonzo, *Customized Marriage*, 75 IND. L.J. 875 (2000). Entre los autores españoles que esbozan acotaciones similares se encuentran: García Rubio, *supra* nota **Error! Bookmark not defined.**, en la pág. 1657-58; Ginés Castellet, *supra* nota **Error! Bookmark not defined.** en las págs. 2581-82; Ignacio Paz-Ares, *Previsiones capitulares*, en RECIENTES MODIFICACIONES LEGISLATIVAS PARA ABOGADOS DE FAMILIA: MODIFICACIONES FISCALES, EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL Y PREVISIONES CAPITULARES 110-12 (Dykinson ed., 2008).

Así, la función primaria del Derecho de Familia sigue siendo la de regular un régimen por defecto. Sin embargo, ahora ello se combina con la progresiva admisión de diversos pactos que permiten a los cónyuges ejercer amplia libertad para determinar ellos mismos determinadas consecuencias jurídicas del matrimonio y de su disolución. Por consiguiente, el rechazo a los acuerdos matrimoniales ha ido reemplazándose por la concepción de que los mismos son adecuados y frecuentemente constituyen un método deseable para resolver los incidentes resultantes del divorcio.

Resulta pertinente mencionar que no solo se ha producido una reducción significativa del rol del Estado en la disolución matrimonial, sino también en la formulación de las consecuencias económicas de esta. De hecho, esta ha sido la tendencia a partir de la revolución del *no fault divorce*, tras la cual ha venido abriéndose paso la denominada doctrina del *clean break*, cuya finalidad es dejar definitivamente resuelta la cuestión económica entre los esposos en el momento en que el divorcio es decretado.<sup>39</sup> Se considera que dicha finalidad puede alcanzarse si los remedios económicos luego del divorcio cumplen el objetivo primordial de colocar a las partes en posición de afrontar el cese de la convivencia conyugal de manera autónoma y con sus propios medios. Ello persigue alcanzar un equilibrio entre la protección de los intereses de los ex cónyuges y los principios de libertad personal y responsabilidad individual.<sup>40</sup>

A pesar de lo anterior, con todo, aún persiste cierta resistencia al desarrollo de un orden contractual privado regulador del contenido del matrimonio por parte de quienes conciben el contrato como el prototipo de las transacciones comerciales y no como un vehículo regulador de las consecuencias del matrimonio. Por ejemplo, no faltan los que aducen que el modelo contractual reemplaza la idea del matrimonio como un compromiso estable de duración indefinida; por

---

<sup>39</sup> La doctrina de *clean break* goza de gran arraigo en los Estados Unidos. Existe una tendencia judicial que desfavorece la concesión de pensiones alimenticias periódicas y promueve las transferencias patrimoniales permanentes. Véase Jeffrey G. Sherman, *Prenuptial Agreements: A New Reason to Revive An Old Rule*, 53 CLEV. ST. L. REV. 359, 374 (2005-2006); Milton C. Reagan, Jr., *Spouses and Strangers: Divorce Obligations and Property Rhetoric*, 82 GEO. L.J. 2303 (1994); Joan M. Krauskopf, *Theories of Property Division/Spousal Support: Searching for Solutions to the Mystery*, 23 FAM. L.Q. 253 (1989).

Dicha concepción, a mi juicio, en cierta medida, se manifiesta en España con la reforma del artículo 97 del Código civil, operada por la Ley de 8 de julio de 2005, a tenor de la cual se permite el pago de la pensión compensatoria mediante una prestación única.

<sup>40</sup> En los Estados Unidos, dicho concepto queda cristalizado en la institución de la *rehabilitative alimony*, una pensión de carácter transitorio y de duración muy limitada. Para una discusión acerca de cómo la expectativa de rehabilitación económica limita la duración y la cuantía de las pensiones entre excónyuges, véase IRA MARK ELLMAN *ET AL.*, FAMILY LAW: CASES, TEXT, PROBLEMS 401 (2004); JOAN WILLIAMS, UNBENDING GENDER: WHY FAMILY AND WORK CONFLICT AND WHAT TO DO ABOUT IT 122 (1999); STEPHEN D. SUGARMAN & HERMA HILL KAY, DIVORCE REFORM AT THE CROSSROADS 130 (1990); David H. Kelsey & Patrick P. Fry, *The Relationship Between Permanent and Rehabilitative Alimony*, 4 J. AM. ACAD. MATRIM. LAW 1 (1988).

la del matrimonio como una unión temporal, de la que se puede salir fácilmente y por medio del cual las partes persiguen sus metas individuales.<sup>41</sup>

Dicha visión de que el modelo contractual del matrimonio es inherentemente inconsistente con la idea de compromiso parte de una premisa muy cuestionable. A mi juicio, responde a una percepción incorrecta de la naturaleza de las relaciones contractuales. El paradigma contractual no cuestiona ni impide que los contratos sean duraderos. Además, por definición, presupone que los individuos persiguen sus objetivos incurriendo voluntariamente en compromisos, conscientes de que ello habrá de limitar su libertad en el futuro.<sup>42</sup>

Lo mismo ocurre con quienes optan por casarse. La mayoría de las parejas que deciden contraer matrimonio comparten el deseo de emprender un compromiso a largo plazo y duradero.<sup>43</sup> Además, no existe evidencia que sustente la idea de que hoy día las parejas conciben que el compromiso que asumen al contraer matrimonio sea temporal o a corto plazo. En la medida en que la sociedad tiene un interés en la estabilidad del matrimonio y las parejas compartan dicho objetivo, un contrato marital muy bien puede constituir la base de un compromiso duradero.<sup>44</sup>

Así, en el paradigma contractual cada una de las partes persigue su interés individual pero ambas se benefician. El matrimonio es, después de todo, un contrato asociativo con un fin común en el que las aportaciones de las partes son diferenciadas. Así, el matrimonio entrelaza conductas que persiguen el interés individual de cada uno de los cónyuges y conductas que persiguen el interés del otro. En muchas ocasiones la naturaleza de los intereses que motivan determinada conducta es indistinguible. Además, los valores de individualismo, de auto-realización y desarrollo personal en las relaciones contractuales también pueden ser deseables en el contexto matrimonial.<sup>45</sup>

Por otro lado, resulta fundamental subrayar que a pesar del progresivo ensanchamiento de la libertad de los cónyuges para fijar el contenido del matrimonio, todavía la mayoría de las parejas únicamente otorgan su consentimiento a la creación del vínculo matrimonial y se despreocupan de lo demás, en gran medida porque la ley establece un sistema completo y robusto de normas por defecto

---

<sup>41</sup> Véase William A. Galston, *Divorce American style*, 1996 THE PUBLIC INTEREST 16 (1996), [http://www.nationalaffairs.com/doclib/20080709\\_19961242divorceamericanstylewilliamagaltson.pdf](http://www.nationalaffairs.com/doclib/20080709_19961242divorceamericanstylewilliamagaltson.pdf); Hafen, *supra*, nota 7, en las págs. 23-24; Milton C. Regan, Jr., *Market Discourse and Moral Neutrality in Divorce Law*, 1994 UTAH L. REV. 605, 620-627 (1994); Martha Minow, *Forming Underneath Everything That Grows: Toward a History of Family Law*, 1985 WIS. L. REV. 819, 894 (1985).

<sup>42</sup> Scott & Scott, *supra*, nota **Error! Bookmark not defined.**, en la pág. 1246; Goetz & Scott, *supra* nota **Error! Bookmark not defined.**, en la pág. 1089.

<sup>43</sup> Scott & Scott, *supra*, nota **Error! Bookmark not defined.**, en la pág. 1229. Véase Lynn A. Aker & Robert E. Emery, *Where Every Relationship is Above Average: Perceptions and Expectations of Divorce at the Time of Marriage*, 17 LAW & HUM. BEHAV. 443 (1993).

<sup>44</sup> Scott & Scott, *supra* nota **Error! Bookmark not defined.**, en la pág. 1245.

<sup>45</sup> Schultz, *supra* nota **Error! Bookmark not defined.**, en la pág. 263.

con respecto al conjunto de los términos del contrato. De hecho, ello puede responder a que el legislador está consciente de lo complejo que, por diversas razones, resulta para los futuros esposos otorgar contratos con el objetivo de establecer las consecuencias del matrimonio y de una eventual ruptura.

Además, un buen número de parejas no toma la decisión de contraer matrimonio en función de las consecuencias jurídicas que este conlleva, sino motivadas por presiones o expectativas sociales o por su propio deseo de realizar un acto con significado personal. En ocasiones, los futuros cónyuges incluso desconocen cuáles son las consecuencias jurídicas concretas del matrimonio y las de un posible divorcio. La decisión de casarse no siempre implica una decisión consciente que refleje la preferencia por las consecuencias jurídicas de contraer matrimonio frente a las no de no hacerlo.<sup>46</sup>

Además, pese a que al otorgar acuerdos en previsión de ruptura matrimonial los cónyuges pueden abaratar o encarecer los costes de una eventual extinción de la relación y aumentar la intensidad del grado de vinculación entre ellos puede que opten por no establecer un sistema contrario o diferente al diseñado por el legislador por los altos costos de transacción que ello implica, particularmente ante la existencia de un sistema fuerte y omnicompreensivo de normas por defecto. Además, los costes de transacción pueden ser particularmente altos en este ámbito, en atención a la naturaleza de la relación que une a las partes y a que la mera negociación de un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial podría suponer, incluso, una amenaza para el mantenimiento de la relación misma.<sup>47</sup>

En conclusión, la libertad de pacto en la institución matrimonial ha ido fortaleciéndose progresivamente. Uno de las formas en la que ello se pone de relieve es mediante el reconocimiento a los cónyuges o futuros cónyuges de la posibilidad de establecer preventivamente las consecuencias de una eventual ruptura.

#### IV. TIPOLOGÍA DE LOS CONTRATOS MATRIMONIALES

Los instrumentos contractuales que permiten a los cónyuges o futuros cónyuges la autorregulación de sus intereses, aunque sirven finalidades diversas, pueden enmarcarse bajo el concepto general de *contratos o acuerdos matrimoniales*.

Los acuerdos matrimoniales pueden tener como objeto, principalmente: (a) regular la economía familiar; (b) normativizar las consecuencias de la crisis o

---

<sup>46</sup> Baker & Emery, *supra* nota **Error! Bookmark not defined.**, en las págs. 441, 444. Véase Carolyn J. Frantz, *Should The Rules of Marital Property Be Normative?*, 2004 U. CHI. LEGAL F. 265, 271 (2004).

<sup>47</sup> Eric Rasmusen & Jeffrey Evans Stake, *Lifting the Veil of Ignorance: Personalizing the Marriage Contract*, 73 IND. L.J. 453, 461 (1998).



ruptura cuando ya ha surgido, o (c) establecer anticipada y preventivamente los efectos de una ruptura matrimonial que aún no se ha producido.<sup>48</sup>

Los acuerdos que se enmarcan en la primera categoría son los que tienen como finalidad esencial establecer el régimen económico matrimonial o modificar el que el Estado establece por defecto. En consecuencia, en estos contratos es frecuente que se incluyan cláusulas que establecen qué bienes, si alguno, integrarán una masa común, las facultades de los cónyuges relativas a la administración de bienes y las normas referentes a la división y distribución del patrimonio en caso de disolución matrimonial.

La segunda categoría abarca acuerdos de diversa naturaleza pero presentan como nota común que encauzan las consecuencias de la crisis o de la ruptura cuando la misma ya ha ocurrido. Por consiguiente, incluye los llamados *acuerdos de separación*, a tenor de los cuales los cónyuges pactan un el régimen jurídico que habrá de regular a partir del cese de la convivencia conyugal.

Otro tipo de acuerdos que es posible pactar cuando la ruptura, judicializada o no, ya se ha producido, son aquellos en virtud de los cuales los cónyuges establecen los efectos de esta. Así, es frecuente que este tipo de acuerdos incluyan cláusulas referentes a la división y distribución de bienes, a la responsabilidad parental, al derecho a ocupar el domicilio conyugal y a las obligaciones de sustento económico a favor de los hijos menores de edad o del excónyuge.

La tercera categoría, la de los acuerdos *ex ante* en previsión de ruptura matrimonial, abarca los que se otorgan, prenupcialmente o en situación de normalidad matrimonial, con el objeto de establecer preventivamente las consecuencias de una posible ruptura matrimonial. Así, el elemento de previsión de futuro es lo que les diferencia de los acuerdos que normativizan las consecuencias de la ruptura cuando la misma ya ha ocurrido o es inminente.

Con respecto a la admisibilidad de los referidos tipos de contratos, cabe destacar que la primera categoría es la que más tradición tiene en el Derecho de Familia e históricamente, aunque con limitaciones variables, se ha reconocido su validez. Una vez se fue reconociendo que el divorcio podía ser producto del consentimiento mutuo de los cónyuges, no resultó particularmente problemática la admisibilidad de la segunda categoría de acuerdos, en virtud de los cuales las propias partes son quienes, también por mutuo acuerdo, establecen las consecuencias económicas, familiares y personales de la separación o del divorcio. Más recientemente, con el reconocimiento del derecho a solicitar el divorcio de manera individual y sin necesidad de alegar causa alguna no es de extrañar, como se

---

<sup>48</sup> La tipología de contratos matrimoniales esbozada en el presente apartado toma como punto de referencia las formuladas muy concretamente por: García Rubio, *supra* nota **Error! Bookmark not defined.**, en las págs. 1673; Paz-Ares, *supra* nota **Error! Bookmark not defined.**, en las págs. 101-09; Josep Ferrer Riba, *Marital Agreements and Private Autonomy in Spain*, en *MARITAL AGREEMENTS AND PRIVATE AUTONOMY IN COMPARATIVE PERSPECTIVE* 350-69 (Jens M. Scherpe ed., 2012). Encarna Roca Trías, *Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis*, en *2 HOMENAJE AL PROFESOR LLUIS PUIG I FERRIOL* 2118-28 (2006) (Juan Manuel Abril Campoy & María Eulalia Amat Llari coords. 2006).

verá, que también hayan comenzado a admitirse los contratos cuyo objeto sea establecer anticipada y preventivamente las consecuencias de una eventual ruptura matrimonial.

#### *A. Acuerdos prenupciales versus acuerdos post-nupciales*

Con respecto al tema de la tipología y admisibilidad de los contratos matrimoniales, es preciso dejar claras varias acotaciones referentes a los acuerdos prenupciales *vis a vis* los acuerdos post-nupciales.

De ordinario, en los ordenamientos europeos no existe distinción, en lo que a regulación respecta, en función de si el acuerdo matrimonial se otorga antes o después de celebrado el matrimonio.<sup>49</sup> La regla general es que en ambos supuestos los acuerdos se ubican bajo una misma categoría, con idéntica regulación, la de los “contratos matrimoniales”.<sup>50</sup> No obstante, se identifican algunos supuestos de excepción. Por ejemplo, en Francia los acuerdos matrimoniales que se otorgan antes de celebrado el matrimonio son inmutables, en lo que al régimen económico pactado se refiere, por un plazo de dos años. Además, se requiere la homologación de cualquier acuerdo otorgado por los cónyuges en caso de que tengan hijos comunes menores de edad.<sup>51</sup> En Portugal, los cónyuges no pueden otorgar acuerdos post-nupciales, toda vez que en dicho ordenamiento todavía impera el principio de la inmutabilidad de las capitulaciones. Por tanto, la pareja tiene que pactar el régimen económico patrimonial antes de celebrado el matrimonio.<sup>52</sup>

En los Estados Unidos, como regla general, los requisitos referentes a la validez y eficacia de los acuerdos matrimoniales varían en función del hecho de si estos se otorgan antes o después de celebrado el matrimonio.

Si bien en todas las jurisdicciones estadounidenses se admiten los acuerdos prenupciales, la admisibilidad de los acuerdos post-nupciales es incierta. Ello explica que en los Estados Unidos el desarrollo dogmático de los contratos matrimoniales haya girado primordialmente en torno a los acuerdos prenupciales porque estos han recibido mayor aceptación jurisprudencial y doctrinal que los acuerdos post-nupciales.

Solo un reducido grupo de leyes estatales estadounidenses admiten expresamente los dos tipos de acuerdos y disponen que ambos se rijan por la misma normativa.<sup>53</sup> En un número considerable de jurisdicciones norteamericanas, sin

---

<sup>49</sup> En este contexto, me refiero exclusivamente a los acuerdos post-nupciales que se otorgan en situación de normalidad matrimonial.

<sup>50</sup> Véase JENS SCHERPE, *MARITAL AGREEMENTS AND PRIVATE AUTONOMY IN COMPARATIVE PERSPECTIVE* 487-89 (2012).

<sup>51</sup> CÓD. CIV. FR. arts. 1393-1396.

<sup>52</sup> CÓD. CIV. POR. art. 1714.

<sup>53</sup> Este es el caso de Missouri, Virginia y Wisconsin. Ciertos tribunales, en ausencia de leyes reguladoras de los acuerdos post-nupciales, han adoptado una postura similar. Por ejemplo, los tribunales

embargo, los acuerdos post-nupciales están sujetos a una regulación más rigurosa y a requisitos mucho más onerosos que los que regulan los prenupciales.<sup>54</sup> Por ejemplo, en algunos estados la eficacia de los acuerdos post-nupciales, y no la de los prenupciales, está condicionada a que su contenido sea razonable y justo, no solo cuando se otorgan, sino también cuando se pretende su cumplimiento.<sup>55</sup> Algunos han ido más lejos al establecer una presunción *iuris tantum* de que cuando se otorga un acuerdo post-nupcial el consentimiento estuvo viciado por causa de intimidación.<sup>56</sup>

Una razón de peso que podría justificar el que se exija que se tomen precauciones adicionales cuando se otorga un acuerdo post-nupcial puede ser la amenaza o riesgo subyacente que comporta el no acceder a otorgarlo. La consecuencia de que un acuerdo prenupcial no se otorgue es que el matrimonio no se celebre. Por el contrario, la consecuencia de que un acuerdo post-nupcial no se otorgue puede ser el divorcio. Por ello podría argumentarse que lo que justifica la diferencia en tratamiento jurídico de estos contratos es que un matrimonio existente es más merecedor de tutela y protección jurídica que un proyecto de matrimonio futuro. De ahí que la regulación de los acuerdos post-nupciales sea más exigente que la de los prenupciales.<sup>57</sup>

El referido argumento, sin embargo, no es el que se ha utilizado en este ámbito. Los argumentos centrales que se han esbozado en los Estados Unidos para justificar el tratamiento jurídico dispar entre los acuerdos prenupciales y los post-nupciales giran en torno al hecho de que, una vez celebrado el matrimonio, surge una relación fiduciaria entre los cónyuges, aumenta el riesgo de que el

---

de Alabama, Florida, Hawaii, Indiana, Kentucky, Pennsylvania, Utah y Washington han seguido dicho proceder. Véase Sean Hannon Williams, *Postnuptial Agreements*, 2007 WIS. L. REV. 827, 881 (2007).

<sup>54</sup> Algunos estados que han adoptado dicha postura son Arizona, Kansas, Nueva York, Nuevo México, Wyoming, Montana, Oklahoma y Luisiana. Véase *id.* en la pág. 881. Por otro lado, cabe destacar que en Ohio y Puerto Rico, se considera que los acuerdos post-nupciales son nulos. Véase OHIO REV. CODE ANN. § 3103.06 (2008); CÓD. CIV. PR art. 1272, 31 LPRA § 3556 (1990 & Supl. 2012).

<sup>55</sup> En los estados de Tennessee y Nueva Jersey se ha adoptado dicha regla. Véase *Bratton v. Bratton*, 136 S.W.3d 595 (Tenn. 2004); *Pacelli v. Pacelli*, 725 A.2d 56 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1999).

<sup>56</sup> Dicha norma es la imperante en California. Véase *In re Marriage of Friedman*, 100 Cal.App.4th 65, 122 Cal. Rptr.2d 412, 418 (Cal. Ct. App. 2002); *In re Marriage of Haines*, 33 Cal.App.4th 277, 39 Cal.Rptr.2d 673, 683 (Cal.App. 4 Dist., 1995).

<sup>57</sup> Joan Egea Fernández, *Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial*, en 3 ESTUDIOS JURÍDICOS EN HOMENAJE AL PROFESOR LUIS DíEZ-PICAZO 4551-4574 (Antonio Cabanillas Sánchez coord., 2002). Es interesante que Joan Egea, al cuestionar el tratamiento jurídico que en la mayoría de las jurisdicciones estadounidenses se le da a estos acuerdos en función del momento en que se otorgan, sugiere que ello no se justifica toda vez que, a su juicio, “la problemática que presentan los acuerdos post nupciales . . . debería ser menor puesto que en ellos no concurre la posible presión que supone la vinculación a un futuro matrimonio”. *Id.*

poder de negociación sea desequilibrado e incrementa la probabilidad de que uno de los cónyuges ejerza una influencia indebida sobre el otro.<sup>58</sup>

En mi opinión, los referidos argumentos no justifican el trato desigual al que me he referido porque, en principio, similares preocupaciones y riesgos están presentes en el contexto de la negociación y de la perfección de los acuerdos prenupciales. Es más, los acuerdos post-nupciales podrían prevenir algunos de estos problemas.

No puede perderse de vista que a menudo se cuestiona la calidad del consentimiento contractual que los futuros cónyuges pueden prestar con anterioridad a la celebración del matrimonio. Los fundamentos principales para ello giran en torno a problemas de racionalidad, a saber: (a) el optimismo excesivo sobre el éxito del matrimonio que tiende a rodear la decisión de contraer nupcias;<sup>59</sup> (b) la posibilidad de que los contrayentes desconozcan información relevante que posibilite una deliberación previa cuidadosa, y (c) la complejidad que supone que los contrayentes predigan sus reacciones a circunstancias personales que puedan ocurrirles más adelante en la vida, tales como la procreación de hijos, la pérdida de empleo o el sufrimiento de una enfermedad o incapacidad inesperada.<sup>60</sup>

A mi modo de ver, la vulnerabilidad de las partes en el momento de la perfección del acuerdo depende de las circunstancias concretas que presente cada caso. En ocasiones, un acuerdo prenupcial será el resultado de la libre voluntad de las partes y en otras no y lo mismo cabe decir con respecto a los acuerdos que se otorgan después de celebrado el matrimonio. Sin embargo, en mi opinión, la institución de los acuerdos post-nupciales precisamente puede contribuir a disipar, al menos en parte, las preocupaciones antes mencionadas.

Primero, el exceso de optimismo sobre el éxito del matrimonio tiende a ser menor según se va desarrollando la relación matrimonial. La vida conyugal aporta mayores dosis de realismo acerca del devenir futuro del matrimonio. Segundo, es más probable que después del matrimonio cada cónyuge posea más información del otro que la que tenía antes de casarse, lo que puede aportar un mayor equilibrio en el poder de negociación de las partes, lo que, a su vez, podría resultar en pactos más equitativos. Tercero, la posibilidad de otorgar acuerdos después de celebrado el matrimonio permite a los cónyuges reaccionar a nuevas

---

<sup>58</sup> Véase, e.g., *Mathie v. Mathie*, 12 Utah 2d 116, 363 P.2d 779, 783 (Utah 1961); *Pacelli*, 725 A.2d en la pág. 59; *In re Marriage of Bonds*, 24 Cal.4th 1, 99 Cal.Rptr.2d 252, 5 P.3d 815 (Cal. 2000).

<sup>59</sup> Por ejemplo, un estudio revela que la mayoría de los estadounidenses, a pesar de que tienen conocimiento de que la tasa de divorcio en los Estados Unidos ronda el cincuenta por ciento, descartan la posibilidad de que ellos puedan divorciarse. Véase Baker & Emery, *supra* nota 43, en la pág. 443. Por otra parte, un sondeo llevada a cabo por y entre estudiantes de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard demostró que solo el diecisiete por ciento de los encuestados percibían que era posible que en algún momento pudieran divorciarse. Véase Heather Mahar, *Why Are There So Few Prenuptial Agreements?*, 436 HARVARD, JOHN M. OLIN CENTER FOR LAW, ECONOMICS, AND BUSINESS 1-15 (2003), [http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/papers/pdf/436.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/436.pdf).

<sup>60</sup> Véase Williams, *supra* nota 53, en la pág. 850.

circunstancias, lo que en muchos casos podría reducir significativamente el problema de la dificultad de anticipar contingencias futuras.

Por lo antes dicho, en mi opinión, los fundamentos que tradicionalmente se han esbozado para tratar de forma distinta a los acuerdos prenupciales en previsión de ruptura matrimonial y a los post-nupciales son muy poco satisfactorios. Si bien es cierto que estos últimos no siempre desembocarán en pactos equitativos, puede que cualquier *injusticia* no sea el resultado de problemas en el contexto de la negociación en los que se basan las objeciones comunes a la admisibilidad de los acuerdos prenupciales.

Por otro lado, resulta interesante que en el Derecho europeo existe una larga tradición de contratos entre cónyuges o futuros cónyuges, –en concreto, las capitulaciones matrimoniales–, aunque su objeto solía limitarse a la constitución del régimen económico matrimonial. La situación era diferente en el Derecho estadounidense, que hasta la década de los años setenta no admitía los pactos prematrimoniales.

En los Estados Unidos, sin embargo, probablemente como consecuencia de la naturaleza de su sistema jurídico, es donde se ha creado y consolidado la teoría y el régimen jurídico de los acuerdos, prematrimoniales o postmatrimoniales, otorgados en previsión de ruptura matrimonial.<sup>61</sup>

Así, los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial tuvieron su origen y han tenido su mayor desarrollo legislativo, jurisprudencial y práctico en los Estados Unidos. Por tanto, el Derecho estadounidense en este ámbito constituye una referencia obligada para explorar cómo se han resuelto disputas a las que desde hace relativamente poco tiempo se enfrentan otros ordenamientos jurídicos, particularmente los europeos, que comenzaron a admitir posteriormente este tipo de pactos.

De ahí que la discusión referente a la admisibilidad de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial en los Estados Unidos no solo tenga una importante dimensión comparativa, sino que, como se verá, también refleja la fuente de inspiración de la regulación de estos contratos en diversos ordenamientos europeos.<sup>62</sup> Asimismo, las fuentes estadounidenses han servido de motor de importantes cambios en otros ordenamientos anglosajones que tradicionalmente se han mostrado reacios a la admisión de este tipo de acuerdos.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> María Dolores Cervilla Garzón, *Los acuerdos con previsiones de ruptura en el Código de Familia de Cataluña y en el derecho norteamericano*, 8011 DIARIO LA LEY 2 (2013).

<sup>62</sup> Dicha influencia frecuentemente se manifiesta en el derecho europeo a través de una interpretación cada vez más amplia del objeto de las capitulaciones matrimoniales para admitir que en estas se incorporen previsiones para el caso de ruptura matrimonial. Véase *id.*

<sup>63</sup> Por ejemplo, en el año 2009, la *Law Commission* del Reino Unido organizó un grupo de trabajo con el objeto de proponer un anteproyecto de una ley que regule este tipo de contratos. Véase THE LAW COMMISSION, MARITAL PROPERTY AGREEMENTS, 2011, L.C.C.P. 198 (U.K.), [http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/cp198\\_Marital\\_Property\\_Agreements\\_Consultation.pdf](http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/cp198_Marital_Property_Agreements_Consultation.pdf).

Un buen ejemplo de la influencia que en este ámbito el Derecho estadounidense ha tenido en Europa se pone de relieve en el Derecho catalán, en donde se adoptó en el año 2010 la primera regulación europea que contiene una detallada regulación jurídica de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial.<sup>64</sup>

Resulta pertinente reiterar que los acuerdos matrimoniales tienden a categorizarse en los Estados Unidos en función del momento en el que se otorgan, esto es, antes o después de celebrado el matrimonio. De ahí que cualquier contrato que una pareja de futuros esposos otorgue antes de contraer matrimonio se ubica en la categoría general de *prenuptial agreements*, independientemente de que su objeto sea la regulación de la economía matrimonial o el establecimiento preventivo de las consecuencias de una eventual ruptura matrimonial.<sup>65</sup>

Por otro lado, el concepto *postnuptial agreements* se utiliza para designar cualquier contrato que los esposos otorgan después de celebrado el matrimonio. Dicho concepto abarca, incluso, los contratos que tiene como fin efectuar transferencias patrimoniales entre los cónyuges.<sup>66</sup>

Paulatinamente han ido adoptándose categorías más específicas para clasificar los acuerdos post-nupciales, en particular aquellos que se otorgan cuando la crisis matrimonial ya ha surgido. Por ejemplo, se ha acuñado el concepto *separation agreements* para denominar los acuerdos que se otorgan en el contexto de una relación que ha entrado en crisis y que se traduce en una separación de hecho. Por otra parte, los *divorce settlements* son aquellos acuerdos que se perfeccionan durante la pendencia de la acción de divorcio con el objetivo de estipular los asuntos relativos a la división y distribución de bienes y a las obligaciones de sustento económico.<sup>67</sup>

## V. ALGUNAS ACOTACIONES FINALES

A primera vista, podría considerarse que la falta de reconocimiento legislativo explícito de los acuerdos matrimoniales podría entenderse como una restricción a la libertad de pacto en este ámbito. Asimismo, también podría argüirse que los cónyuges gozan de mayor libertad de pacto cuando el acuerdo se encuentra sujeto a una más moderna y detallada regulación. Sin embargo, a mi modo de ver, la conclusión es contraria.

---

<sup>64</sup> Dicha regulación es parte del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la familia y la persona. En lo aquí pertinente, el artículo 231-20 establece los requisitos de contenido y forma de los pactos en previsión de ruptura matrimonial con una clara inspiración en fuentes de Derecho estadounidense. Véase Josep Ferrer Riba, *El derecho de la persona y la familia en el nuevo libro segundo del Código Civil de Cataluña*, 3 INDRET 1 (2010), [http://www.indret.com/pdf/editorial1\\_es\\_1.pdf](http://www.indret.com/pdf/editorial1_es_1.pdf).

<sup>65</sup> ALEXANDER LINDEY & LOUIS J. PARLEY, *LINDEY AND PARLEY ON SEPARATION AGREEMENTS AND ANTENUPTIAL CONTRACTS*, § 110.60 (2d ed. 2009).

<sup>66</sup> *Id.* §§ 1.20, 110.60 y 120.02.

<sup>67</sup> *Id.* §§ 1.20 y 120.02.

Usualmente, cuando se ha optado por admitir los referidos acuerdos pero se condiciona su validez y eficacia al cumplimiento de ciertos requisitos -tanto procedimentales como sustantivos- se busca garantizar la libre formación de la voluntad y evitar injusticias llegado el momento de exigir el cumplimiento de lo pactado. En consecuencia, allí donde se ha legislado sobre el particular, se han tomado en consideración una serie de circunstancias que determinan la admisibilidad, validez y eficacia solo de algunos contratos matrimoniales y no de cualquiera que cumpla con los requisitos generales que establece el Derecho general de contratos.<sup>68</sup>

Es verdad que el legislador, al regular estos acuerdos, confiere a los operadores mayor seguridad jurídica. Sin embargo, también es verdad que ello no debe entenderse como que necesariamente se facilite o promueva que las parejas otorguen este tipo de pactos, toda vez que se establecen múltiples requisitos que condicionan su validez y eficacia.

A *contrario sensu*, puede decirse que un sistema no regulado, que apele al Derecho general de contratos, aunque da mayor margen de pacto, aporta mayor incertidumbre porque la validez y eficacia de estos acuerdos dependerá exclusivamente del criterio judicial.

Por lo antes dicho, los diferentes niveles de autonomía de la voluntad tienen consecuencias diversas. Por ejemplo, el principio general prevaleciente en el Derecho estadounidense es que los cónyuges o futuros cónyuges deben tener amplia autonomía privada, lo que abarca una flexibilidad en los requisitos procedimentales que se exigen antes del otorgamiento de un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial.

Ello provoca, sin embargo, que en el momento en el que se pretende su cumplimiento, los tribunales se vean obligados a analizarlos a la luz del llamado *procedural approach*, lo que aumenta la probabilidad de que no se ordene el cumplimiento de lo pactado. Ello es así, en la medida en que frecuentemente los defectos procedimentales se vinculan con la justicia de los términos sustantivos del acuerdo. Dicho de otro modo, el referido tratamiento jurídico de los acuerdos en previsión de ruptura ha desembocado en un aumento del poder discrecional judicial, lo que comporta un mayor grado de intervención estatal.

Por su parte, en los ordenamientos europeos los contratantes usualmente tienen que cumplir con mayores formalidades, que incluyen, por ejemplo, la intervención notarial, para poder pactar válidamente un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial. Ello hace menos probable que en el momento de su cumplimiento los tribunales dejen sin efecto lo pactado.

En ese sentido podría concluirse que a mayores requisitos procedimentales y formalidades se exijan, más probabilidades de que los tribunales reconozcan la eficacia del acuerdo y concedan mayor deferencia a lo pactado. A menores requi-

---

68 Véase Miriam Anderson, *Marital Agreements: Spanish Case-law v. The 2010 Catalan Reform*, en *CONFRONTING THE FRONTIERS OF FAMILY AND SUCCESSION LAW: LIBER AMICORUM WALTER PINTENS* (Alain Laurent Verbeke *et al.* eds., 2012).

sitos procedimentales, más alta es la probabilidad de intervención judicial para declarar su ineficacia si su contenido se aparta demasiado de las reglas por defecto o provoca un desequilibrio sustancial en las prestaciones.

Por lo tanto, un alto grado de autonomía trae consigo el riesgo de aumento de intervención judicial para fiscalizar, modificar o dejar sin efecto lo pactado, como ocurre en los Estados Unidos en comparación con lo que, hasta la fecha, ha ocurrido en los ordenamientos europeos que admiten los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial. A mi modo de ver, es preferible que se adopten cautelas procedimentales *ex ante* que aportan mayor seguridad jurídica, que la intervención judicial *ex post* cuando se solicita el cumplimiento del acuerdo.