

DIVORCIO, TRANSACCIÓN Y ARBITRAJE: ¿DESJUDICIALIZACIÓN O PRIVATIZACIÓN DEL MATRIMONIO?*

DIVORCE, TRANSACTION AND ARBITRATION: DEJUDICIALIZATION OR PRIVATIZATION OF MARRIAGE?

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 14-41

* El presente trabajo ha sido ya en parte publicado, con similar, aunque no idéntico título, en el libro colectivo *La mediación en las diversas disciplinas jurídicas*, editorial Olejnik, Argentina, 2020, pp. 305-317), que codirigí con mi querido colega el Prof. C. PILLI; así como en el libro colectivo también *Fortalezas y debilidades del Derecho de Familia contemporáneo, «Liber amicorum» en homenaje al Profesor Carlos Lasarte Álvarez*, Tomo I, editorial Dykinson, Madrid, 2023, pp. 404-418; y que aquí presentamos en versión extendida y actualizada con la más reciente doctrina vertida sobre el asunto en lid, que ya es de tanta actualidad.

Guillermo
CERDEIRA
BRAVO DE
MANSILLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: Frente a la reciente corriente doctrinal hispanoamericana que defiende la posibilidad de una separación o de un divorcio matrimonial arbitrado, o incluso transigido, en el presente trabajo su autor rechaza completamente tal propuesta, incluso "de lege ferenda", pronunciándose en favor de la desjudicialización del derecho de familia, pero en contra de su privatización o contractualización.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio; divorcio; transacción; arbitraje.

ABSTRACT: *Faced with the recent Spanish-American doctrinal current that defends the possibility of an arbitrated, or even compromised, separation or marital divorce, in the present work its author completely rejects such a proposal, even "de lege ferenda", ruling in favor of the dejudicialization of the right of family, but against its privatization or contractualization.*

KEY WORDS: *Marriage; divorce; transaction; arbitration.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: ¿ES POSIBLE UN DIVORCIO ARBITRADO, O INCLUSO TRANSIGIDO?- II. CONTRA UN DIVORCIO ARBITRADO, O TRANSIGIDO.- I. La incompatibilidad de presupuestos entre el divorcio -cuando es-consensuado y el arbitraje o la transacción -siempre contenciosos-. 2. Ley, estado civil y orden público: la imposibilidad de un divorcio transigido o arbitrado.- 3. La inconveniencia -práctica-de un sistema de transacción o arbitraje limitado a las consecuencias patrimoniales de la crisis -estrictamente- matrimonial.- III. NUESTRA CONCLUSIÓN, CONTRARIA -INCLUSO “DE LEGE FERENDA”- AL DIVORCIO ARBITRADO O TRANSIGIDO COMO PRIVATIZACIÓN DEL MATRIMONIO.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: ¿ES POSIBLE UN DIVORCIO ARBITRADO, O INCLUSO TRANSIGIDO?

La idea de admitir una separación o un divorcio desjudicializado, esto es, sin la presencia de un juez, va ganando terreno hoy en el Derecho comparado, habiendo, de momento, al menos dos alternativas: por un lado, la del divorcio notarial, que ya fue implantado por primera vez en 1994 en Cuba, de donde se expandió a otros países latinoamericanos (como Colombia, Ecuador, Brasil¹, o Perú -donde también cabe divorciarse ante el Alcalde-, y, recientemente, Bolivia y Nicaragua), y hoy ya en España (desde 2015) y en Francia (desde 2016). Por otro lado, junto al notarial existía desde antes el llamado divorcio administrativo, que se realizaba ante el juez o funcionario encargado del Registro Civil. Su origen radica en el Código soviético de 1926, y está hoy vigente en Méjico, Portugal e Italia, y en algunos países escandinavos o de la extinta URSS (como Estonia), o de su anterior zona de influencia (como Rumania)².

- 1 Donde su propia Constitución, en su art. 226, lo exige, concretándolo por su mandato el art. 1580 de su Código civil, donde la separación previa (de 1 año si es judicial, o de 2 años si es de hecho), se requiere para todo posterior divorcio, sea causal o consensual, judicial o notarial.
- 2 Sin necesidad de referirse a algunos sistemas escandinavos, de origen difuso y de difícil encaje en otros sistemas por su singularidad, sin duda ninguna, la alternativa al divorcio judicial que más seguimiento ha tenido en Derecho comparado es el divorcio notarial en Cuba, un país donde, especialmente en las últimas décadas, ha proliferado el divorcio por múltiples razones, a veces endémicas, otras coyunturales, que lo convierten -parafraseando a CARBONNIER- en una especie de divorcio de miseria (o por pobreza). Aunque admitido ya el divorcio en Cuba desde principios del siglo XX, es después de la Revolución socialista, en 1959, cuando se incrementa el número de divorcios, sobre todo en la década de los 70 y 80. Al tratarse, por entonces, de un divorcio judicial, lento y costoso, a agilizarlo y abaratarlo, descongestionando, además, con ello el aparato judicial, vino el Decreto-Ley n° 154/1994, de 6 septiembre, “Del divorcio notarial”, que será desarrollado por el Reglamento n° 182/1994, de 10 noviembre, del Ministerio de Justicia, teniendo toda esta reforma su oportuno reflejo en el Código de Familia (cfr., arts. 43.4], 50,...). Con tal innovación la competencia quedaba atribuida en exclusiva a los notarios cuando se tratase de un divorcio por mutuo acuerdo, permaneciendo atribuida a los jueces cuando se tratara de un divorcio contencioso. El resultado de la reforma fue exitoso. Tan bien acogido ha sido el actual divorcio notarial cubano, entre expertos y en la práctica, que no se ha dejado esperar su influencia en otros países sudamericanos, como son, por orden cronológico: Colombia, con la Ley n° 962/2005, de 8 julio, desarrollada por el Decreto n° 4436, de 28/11/2005; Ecuador, en la Ley n° 2006-62, de reforma de la Ley Notarial; Brasil, con la Ley n° 11411/2007, de 7 enero, desarrollada por la Resolución n° 35, de 24/4/2007; Perú, en la Ley 29227/2008, de 15 mayo, reglamentada en el Decreto 009-2008-JUS, de 12 julio, que, como novedad frente a los demás países, junto

• **Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla**

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Sevilla. Correo electrónico: gcerdeira@us.es. ORCID: 0000-0003-3988-9233.

Yo mismo defendí la conveniencia de tales vías alternativas a la judicial, en un trabajo publicado en el último número de 2011 en la *Revista de Derecho Privado*³, donde, frente a quienes criticaban aquellas alternativas por entender que en ellas había una privatización de la justicia en general, y del matrimonio en particular, como si de un contrato más se tratara⁴, siempre entendí que tan solo se trataba de desjudicializar las separaciones y divorcios -solo- cuando había mutuo acuerdo,

al notario también confiere autoridad para el divorcio consensual a los Alcaldes; y, por último, Bolivia, con la Ley del Código de Familia y de procesos familiares (060 de 2014), y la Ley Plurinacional del Notariado 483/2014, de 25 enero, desarrollada por el Reglamento n° 2189.

Como fuente inspiradora más remota de esta modalidad de divorcio notarial suele citarse -también en esta materia- el Código de Familia soviético de 1926. Mas, en este caso al menos, no es del todo cierta tal paternidad del divorcio notarial: dicho Código ruso sí desjudicializó, en efecto, el divorcio consensual (limitando la intervención judicial al contencioso, art. 24), pero no para atribuir su competencia al notario, sino al encargado del -denominado- Registro de actos de ciudadanía, donde se inscribían -voluntariamente- tanto matrimonios como divorcios (cfr., arts. 19, 20, 131 ss); una autoridad que, ante el acuerdo habido entre los cónyuges en divorciarse, se limitaba a levantar acta y a dejar constancia del mismo en aquel Registro (arts. 21 y 22); permitiéndose, eso sí, que tal acuerdo fuese ejecutivo mediante acta notarial (art. 23). En dicho Código soviético se admitía, incluso, un auténtico repudio, al estilo romano (que se hacía por carta): la posibilidad de cesación a instancia de un solo cónyuge, que era comunicada al otro cónyuge mediante copia del acta de inscripción (art. 140). En cambio, en aquellos otros sistemas divorcistas notariales (cubano, colombiano, ...), ya sea por mutuo acuerdo o instado unilateralmente por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, todo divorcio ha de sustanciarse ante el notario en presencia de ambos cónyuges. Sí tuvo más directa influencia este sistema ruso en Méjico, lo cual no es de extrañar, habida cuenta de que aquella modalidad de divorcio -que la doctrina mejicana llama- "administrativo" fue prontamente introducido en su Código civil federal de 2/10/1932 (art. 272). Y curiosamente, sus pasos han sido seguidos fuera de Latinoamérica, en Portugal, donde, superado tras mucho tiempo el retroceso habido en los 60 y 70 en materia de divorcio por la fuerte presión católica, se introdujo la posibilidad de divorcio por mutuo acuerdo en los Registros Civiles, en tanto no hubiese hijos menores (o la cuestión relativa a su guarda y visitas se ventilase previamente ante los tribunales), con el Decreto-Ley n° 131/1995, de 6 junio, que aprueba el nuevo Código del Registro Civil, con modificación también del propio Código civil, y que se verá también modificado posteriormente: primero, con el Decreto-Ley n° 272/2001, de 13 octubre, donde se atribuye a los Conservadores del Registro Civil la sustanciación de los divorcios consensuales como competencia exclusiva; y luego, con la Ley n° 61/2008, de 31 octubre, que introduce la intervención del Ministerio Público en aquel divorcio consensual administrativo para cuando el matrimonio que se divorcia tenga hijos (evitando así aquella duplicidad procedimental que imponía el Decreto de 1995). Toda esta legislación puede encontrarse compendiada en QUIÑONES ESCÁMEZ, J.: *Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones, I: África del norte y América latina*, Atelier Libros, Madrid, 2006, y en AA.VV.: *El divorcio en el Derecho Iberoamericanon* (coord. por Á. ACEDO PENCO y L.B. PÉREZ GALLARDO), Madrid, Reus, 2009. Aunque también puede ser fácilmente encontrada por internet.

- 3 Con el título "Matrimonio (no) formalizado y divorcio notarial en Cuba: una propuesta de futuro para España", pp. 3 a 56; en una versión extendida, para Argentina, *Revista de Derecho de Familia y de las personas*, núm. 7 (agosto), 2012, pp. 20 a 80; en parte resumido, para Italia, en "El divorcio notarial que viene... a España (o de la inevitable desjudicialización del divorcio amistoso)", *Quaderni di Conciliazione*, 2011, núm. 2, pp. 211 a 244; y sintetizado más recientemente en "¿Matrimonios y divorcios ante notario?", en *El Notario del siglo XXI*, 2013 núm. 48 (marzo-abril), pp. 44 a 47; y, para Francia, en "Le projet de divorce notarial en Espagne", en *Droit de la Famille*, núm. 2, 2015, pp. 26 a 29. En el transcurso del propio debate parlamentario publiqué otro trabajo, proponiendo algunas mejoras en el texto que entonces se debatía, aunque solo con relativa fortuna (es el trabajo "Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario en el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria: su elogio, no exento de crítica", *Revista de Derecho Privado*, 2014, núm. 2, marzo-abril, pp. 97 a 115). Ya una vez aprobada y en vigor la reforma legal, volví a su estudio, más general y detallado, dirigiendo un libro colectivo, escrito por profesores y notarios, con el título *Separaciones y divorcios ante notario*, Reus, Madrid, 2016.
- 4 En particular, por lo que respecta a las separaciones y divorcios ante notario, CARRIÓN VIDAL, A.: "Divorcio y separación en el Código Civil tras la reforma por Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015, pp. 399 y 400, entiende que el divorcio ante notario es un paso más en la "privatización" del matrimonio. Por su parte, PÉREZ HEREZA, J. y VARA GONZÁLEZ, J.M.: "Separación y divorcio ante notario", *Jurisdicción voluntaria notarial*, Madrid, 2015, aun sin ánimo crítico, hablan de la "desinstitucionalización" del matrimonio. Y, dando un paso más con tal fundamento, NÚÑEZ IGLESIAS, A.: "Apuntes sobre el divorcio ante notario y su naturaleza", en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 4, 2015, considera que el divorcio ante notario tiene una naturaleza contractual compleja, al que cabría aplicar por analogía el régimen de los contratos en tanto resulte compatible con aquél.

habiendo muy diversas razones -incluso constitucionales (fundadas en principios y valores fundamentales)- que así lo justificaban. Que el legislador se inclinara por el modelo notarial (el cubano o cualquier otro), o por el administrativo (portugués u otro), solo era una cuestión de política legislativa⁵. Pero siempre creí que en ambas alternativas latían razones de peso, entre las cuales destacaba yo mismo la conveniencia de agilizar o acelerar -incluso con un ahorro en tiempo y en costes (no sólo económicos, sino también psicológicos, de los justiciables)- el divorcio amistoso, con la consiguiente -y conveniente- descongestión de trabajo a los tribunales de justicia, cuya labor debería quedar circunscrita a los divorcios contenciosos⁶, donde hay verdadera “litis” y donde, por tanto, se exige una labor de enjuiciamiento (de juzgar y resolver el caso litigioso), que solo puede corresponder al Poder judicial.

Agilizar y abaratar el divorcio, cuando es voluntario, era incluso, en mi opinión, una exigencia constitucional, basada en la necesidad de que los Poderes Públicos (en nuestro caso, el legislativo haciendo la pertinente reforma) remuevan los obstáculos en pro de la libertad (art. 9.2 CE, en nuestro caso, de la libertad a divorciarse, o descasarse), y de que los procesos públicos se ventilen sin dilaciones innecesarias (ex art. 24.2 CE, que, no obstante referirse a la efectividad en la tutela judicial, puede extenderse en su “ratio” a cualquier mecanismo heterocompositivo).

Por supuesto, tanto en la ley del divorcio de 1981, como en la de 2005, nuestro legislador respondió a tales exigencias al regular el divorcio consensual: en la primera creando Juzgados de Familia y regulando un procedimiento especial en su Disposición Adicional 6ª; que sería trasladado, con ciertos cambios, al art. 777 de la LEC vigente, de 2001, al que alguna reforma, no obstante intrascendente a estos efectos, haría la Ley-2005. Luego, en 2009, vendría dicha norma a ser reformada en la misma dirección al introducirse, en su ap. 3, la ayuda del secretario judicial (que vino a llamarse letrado de la administración de justicia, tras su reforma en 2015), en suplencia del juez, en la sustanciación de dicho procedimiento.

Parecía, sin embargo, que tal singularidad del procedimiento no había satisfecho el objetivo de lograr la economía procesal, que no llegaría a alcanzar la Ley de 2005, a pesar de ser bautizada como la ley del divorcio “expres”. Baste, como dato significativo, que cuando se gesta aquella Disposición Adicional 6ª de la Ley-1981, un senador que participó en su tramitación parlamentaria, el Sr. Ruiz Risueño,

5 Salvo los modelos francés e italiano, donde el notario y el Encargado del Registro Civil, respectivamente, solo ejercen una “homologación” o control formal, no de fondo, lo que, sin duda, resulta objetable, como puede verse, por ejemplo, en el trabajo de FAVIER, J.: “El nuevo divorcio contractual en Derecho francés, hijo ilegítimo de la reforma de modernización de la justicia”, trad. y notas de M. GARCÍA MAYO, *Actualidad Civil*, núm. 10, 2017.

6 Así, a.e., comienza advirtiéndolo el Preámbulo del Decreto-Ley n° 154/1994 cubano, y de semejante modo lo justifican en sus respectivos Preámbulos la Resolución n° 35, de 2007, de Brasil, y el Decreto-Ley n° 272/2001 portugués.

consideraba, en su defensa, que tales pleitos se sustanciarían en 3 ó 4 meses. Por entonces, tal aspiración era loable, plausible. El lograrlo era un reto. Pero, transcurridos más de 30 años desde que se introdujo tal procedimiento, trasladada y reformada aquella norma en el actual art. 777 LEC, no se había ganado en mayor rapidez. Según notas de prensa del INE (Instituto Nacional de Estadística), hechas en 2010, 2012 y 2013, del total de divorcios y de separaciones habidos en aquellos años, algo más de un 65 % fueron de mutuo acuerdo (frente a poco menos del 35 % contencioso), siendo la duración media de un procedimiento de divorcio, siempre judicial, de unos 5 meses. La cuestión era, pues, obvia: ¿por qué aún, por entonces, se había de seguir esperando tanto tiempo en la sustanciación de un divorcio, cuando había acuerdo entre los cónyuges, y ya no se tenía que alegar causa ni tiempo de separación previa? Del mismo modo en que no hay excesivo obstáculo procedimental para casarse (apenas el de la comprobación de capacidad y consentimiento, cfr., arts 56 y 58 CC), ¿por qué habría de haberlo en su “contrarius actus”, como era el divorcio voluntario?

Ni siquiera era una excusa, a fin de alcanzar la descongestión, la existencia de jueces especializados, como eran en España los Juzgados de Familia. Ya fueron creados hacía más de 30 años, mediante el RD 317/1981, de forma coetánea a la Ley-1981, y en todo este tiempo no habían logrado abreviar, por ser materialmente imposible, los divorcios por mutuo acuerdo. Como, por lo demás, también había sucedido en aquellos países, como Méjico, Colombia, o Portugal, donde la existencia de tribunales especializados en Derecho de familia no había impedido la desjudicialización del divorcio amistoso⁷.

Perfectamente podía ser competente para ello el actual encargado del Registro Civil, máxime cuando ya sobre él también recae la autoridad para contraer matrimonio. Pero podía ser también el notario el encargado de asegurar tales exigencias de economía y descongestión⁸. Célebre entre los notarios es aquella frase de don JOAQUÍN COSTA: “A notaría abierta, juzgado cerrado”⁹. No en vano, su labor práctica en materia de crisis matrimoniales venía siendo ya una realidad: por ejemplo, en la liquidación de regímenes económicos de matrimonios ya disueltos

7 En Méjico ya existían tales tribunales desde 1932, cuando se introduce el divorcio ante el Encargado del Registro Civil. En Colombia, por su parte, existen los llamados “tribunales de familia o promiscuos de familia”; y aun así, la ley del divorcio notarial se dictó “en aras de descongestionar los despachos judiciales”. Por último, en Portugal, también son numerosos desde hace un tiempo los Tribunales de familia (habiendo, en total, 16, situados en las principales ciudades).

8 Entre los propios notarios, lo advertía con insistencia CARRIÓN GARCÍA DE PRADA, P.: “Aspectos jurídicos y fiscales del divorcio amistoso”, *RJN*, 2000, pp. 32, 33 y 71, ante el número creciente de separaciones y divorcios consensuales y el colapso de los juzgados con largas listas de espera y largos y costosos procesos. Ya aprobada la LJV, VARA GONZÁLEZ, J.M.: “Jurisdicción de familia y divorcio notarial”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 64, 2015, p. 28, calculaba que como media “un divorcio notarial debe quedar formalizado, inscrito y entregada la copia a los otorgantes en menos de una semana”.

9 Más “in extenso”, decía: “El número de sentencias ha de estar en razón inversa del número de escrituras; teóricamente, notaría abierta, Juzgado cerrado” (COSTA MARTÍNEZ, J.: *Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración del Justicia*, en *Obras completas*, XIII, Imprenta de la Revista de Legislación Madrid, 1917, p. 205).

(y hecha tal liquidación con posterioridad al divorcio); tampoco era extraña su intervención en las propias capitulaciones matrimoniales donde de antemano, antes de casarse, incluso a veces se pacta ya un convenio regulador para el caso de posible crisis matrimonial (según admite expresamente el Código Civil catalán); tampoco eran extraños los supuestos en que se escrituraban separaciones, que al no ser estrictamente judiciales, la ley estimaba como separaciones fácticas o de hecho, y la actual Ley de Jurisdicción Voluntaria como “separación legal” (junto a la judicial), o como “separación de hecho que conste fehacientemente” (cfr., el ap. 2 de la Disposición Adicional 1ª de la LJV)...

Por estas -y otras- razones, fue esa misma Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria de 2 de julio, la que finalmente vino a permitir en España el divorcio por mutuo acuerdo ante notario, desjudicializando¹⁰ de este modo el divorcio.

Ahora bien, por aquella misma razón, tendente a la celeridad, el ahorro y la descongestión judicial, me preguntaba yo en aquel mismo trabajo: ¿por qué no admitir también el divorcio arbitral, como algunos en España proponen abiertamente, o, más allá aún, un divorcio transigido, aunque sea judicialmente, como alguno -también en España- ha llegado a insinuar?

Entre nosotros, MARFIL GÓMEZ¹¹, cuando menos, insinúa la idea de un divorcio transigido, aunque sea mediante el nombramiento judicial del árbitro (al amparo del art. 8.1 de la Ley de Arbitraje), y algo parecido afirma mi querida colega, la Profª LÓPEZ BARBA¹², al entender que como puede haber previo conflicto, este puede resolverse mediante transacción, aunque luego esta requiera de homologación judicial.

Con claridad y osadía, como ella reconoce, defiende el divorcio arbitral IBOLEÓN SALMERÓN¹³, haciéndolo por muy diversas razones: de agilidad y celeridad; al ser el actual un divorcio abstracto, en que no hay ya causa que acreditar; por su similitud con la mediación familiar; por su admisión en otros ordenamientos, como el japonés; por la existencia en la práctica de cláusulas de arbitraje post-divorcio, lo que permitiría que las hubiera pre-divorcio; porque el laudo arbitral produce efectos de cosa juzgada y tiene fuerza ejecutiva, como las sentencias judiciales; y porque históricamente materias que han sido de competencia exclusiva de

10 “Notarializándolo”, decía, desde antes, ROCA TRÍAS, E.: “Crisis matrimonial y arbitraje”, *Anuario de Justicia alternativa*, núm. 6, 2005, p. 173, siguiendo en tal expresión a Garrido Melero en su comentario al CC catalán.

11 En “El arbitraje en el Derecho de familia en España: un reto de futuro”, *Revista de Derecho de Familia*, 2010, pp. 25-34.

12 “El contrato de transacción”, en AA.VV.: *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias* (dir. por M. IZQUIERDO TOLSADA), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 81, 82, 86 y 87.

13 En “Arbitraje y divorcio”, en *La Ley*, 2007, pp. 1602-1615.

los tribunales han pasado a serlo también de los árbitros (como, por ejemplo, sucedió con las medidas cautelares tras la Ley arbitral-2003). Por todas estas razones, propone “de lege ferenda” IBOLEÓN un divorcio arbitral, exigiendo que deba tratarse de un arbitraje de Derecho (donde el árbitro sea un abogado), en que haya previo acuerdo entre los cónyuges y no haya hijos. En nuestra opinión, sin entrar, de momento, en las razones mayores por las que considero rechazable esta propuesta (por las razones que expondré), hay un dato, no en su argumentación, sino en su conclusión, que parece sorprendente: si, como ella propone, es necesario un acuerdo entre los cónyuges, ¿para qué ya un árbitro cuya genuina función, como la del juez, es la de dirimir conflictos mediante laudos?

También defiende fervientemente el arbitraje en las crisis familiares, LUIS ZARRALUQUI NAVARRO¹⁴, ante la congestión, la carestía y el colapso de nuestros tribunales y ante la deficiente actuación de nuestros fiscales, proponiendo, “de lege lata”, el arbitraje para cuestiones netamente patrimoniales¹⁵, y, “de lege ferenda”, que el legislador, tan falto de voluntad y actuación en la jurisdicción familiar, permita el divorcio arbitrado, del mismo modo en que ha venido a admitir el divorcio notarial o el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Aun obviando la cita a ese minoritario -de momento- sector de la doctrina española, la ilustre jurista argentina AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI¹⁶, con apoyo en abundante doctrina y normas de otros muy diversos países (especialmente provenientes del “Common Law”, o la “Shari’a arbitration” del Derecho islámico¹⁷, aunque también de Italia, Francia, Chile, ...), igualmente parece defender tal opción, siempre que el arbitraje no sea impuesto, ni legal ni judicialmente, sino voluntariamente acordado por las partes.

En particular, en una parte de su trabajo, nos llega a decir KEMELMAJER: “... la noción de orden público familiar ha cambiado. Así, hasta no hace muchas décadas, parecía una verdad incontrovertible que el divorcio en sí mismo no era arbitrable, pues la disolución del vínculo exigía la intervención de un órgano estatal. (...) Esta

14 En “40 años de la Ley del divorcio y su necesidad de adaptación al siglo XXI (IV): arbitraje en Derecho de familia”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, números 984 y 986, 2022.

15 Entre las cuales enumera las siguientes: liquidaciones de gananciales; procedimientos de determinación del régimen económico matrimonial; divorcios o ceses de uniones de hecho sin menores en los que se discuta la pensión compensatoria y/o indemnización; el uso de la vivienda familiar sin menores; los procedimientos de extinción de pensión compensatoria; y los procedimientos testamentarios.

16 En su trabajo “Una solución eficiente para las familias: “¿Jurisdicción o arbitraje?”, en AA.VV.: *La mediación en las diversas disciplinas jurídicas* (dir. por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y C. PILIA), Editorial Olejnik, Argentina, 2020.

17 Para una visión panorámica del mismo, BRIONES MARTÍNEZ, I.M^º: “El arbitraje islámico en materia de matrimonio y familia en el Reino Unido”, *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, núm. 1, 2014, pp. 61-99; y para una visión del Derecho anglosajón, LAUROBA LACASA, M^º.E.: “Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares: mediación, derecho colaborativo, arbitraje, ¿y...?”, *Indret*, núm. 4, 2018, pp. 44 ss, aunque advirtiendo que para arbitrar conflictos familiares sobre aspectos puramente personales (como la guarda de los hijos), hay Estados (como el de Nueva York), que prohíben el arbitraje.

sigue siendo la situación en la Argentina, donde el divorcio es judicial (art. 435 inc. c) pero, verificada la existencia del matrimonio, basta el pedido de uno solo de los cónyuges, sin expresión de causa alguna, para que el juez deba pronunciarlo, sin que obste la falta de acuerdo sobre otros temas relevantes como los alimentos, la atribución de la vivienda, la comunicación y cuidado de los hijos. (...) Otros países aceptan vías no judiciales. Si es posible que el divorcio lo pronuncie un notario (como en España), o el director del Registro civil (como en Brasil), la pregunta es: ¿por qué no un árbitro, elegido por ambas partes?”.

Y en otro pasaje, anterior al transcrito, también nos dice AIDA KEMELMAJER: “Si desde hace años, el derecho de familia busca valorizar los acuerdos entre las partes y la resolución convencional de los litigios (tal como lo evidencia el divorcio por consentimiento mutuo, la desjudicialización del procedimiento de cambio del régimen patrimonial del matrimonio, la aceptación de la conciliación y la mediación, etc.) si, en definitiva, existe un cambio significativo en la propia noción de «orden público», ¿por qué el arbitraje no puede encontrar un lugar en este ámbito?”.

En ambos párrafos transcritos, la pregunta final planteada por KEMELMAJER tiene, evidentemente, un tono retórico, pues en ella va de suyo implícita la respuesta afirmativa. Y es innegable que, como señala la propia KEMELMAJER, un divorcio arbitrado, tramitado ante un árbitro profesional elegido por las partes, tiene sus ventajas frente a la vía judicial (como la mayor flexibilidad, agilidad y menor coste del arbitraje, o la mayor predisposición de que las partes acaten el laudo emitido por un árbitro consensuado, ...), e incluso frente a la mediación que le pueda servir de auxilio (dado que el árbitro, a diferencia del mediador, puede asesorar e incluso intentar la conciliación entre las partes). Pero tales ventajas, ¿son suficientes para admitir un divorcio arbitrado, o incluso transigido?

II. CONTRA UN DIVORCIO ARBITRADO, O TRANSIGIDO.

Sin dilación creo que hay que responder negativamente (a la pregunta planteada al final del epígrafe anterior), acerca de un posible divorcio resuelto mediante transacción o declarado mediante laudo arbitral. A saber:

I. La incompatibilidad de presupuestos entre el divorcio -cuando es- consensuado y el arbitraje o la transacción -siempre contenciosos-.

Ni la transacción, ni el arbitraje encajan en la hipótesis particular a que nos venimos refiriendo, la de un divorcio por mutuo acuerdo, por una razón evidente: sobre todo el arbitraje, pero también la transacción, presuponen una contradicción de intereses, un litigio, que se contradice con la idea de acuerdo que de antemano subyace en aquel divorcio para resolver -eso sí- una crisis matrimonial:

En el divorcio consensuado extrajudicial admitido en el Derecho comparado, el notario o el encargado del Registro Civil, como antes hacía el juez en tal caso, no resuelve un divorcio (pues no es contencioso, ni hay en él partes demandante y demandada, ...); lo homologa, lo concede o deniega según previo control de legalidad y de protección de los diversos intereses en juego acordado por los esposos en el convenio regulador. A lo más, como hasta hace poco sucedía con el juez, podría el notario asesorar neutral o imparcialmente (como, por lo demás, es función propia suya conforme al clásico aforismo “respondere et cavere” -aconsejar y prevenir, según se desprende- de los arts. 1 y 147 del Reglamento notarial-), sin que, por tanto, en el consenso obtenido haya vencedores ni vencidos. En el divorcio consensual no hay verdadera “litis” que resolver, cuando, en realidad, no hay estricta colisión de intereses, sino una contraposición en los mismos que los cónyuges interesados han sabido converger, o compatibilizar, en el convenio regulador acordado.

“Mutatis mutandis”, lo mismo podía decirse antes de la vía judicial, sin que pudiera negarse que siempre, tanto antes, con la Disposición Adicional 6ª de la Ley-1981, como ahora, con el art. 777 LEC, el divorcio amistoso estaba configurado, en el fondo, como un acto de jurisdicción voluntaria y como mero control de homologación (aunque control, al fin y al cabo)¹⁸: en lo formal, expresiones como “petición”, “escrito” o “solicitud”, en lugar de demanda, o como “procedimiento”, en lugar de proceso, el hecho mismo de que en ningún hito del mismo se pretenda -con acierto- la reconciliación¹⁹, o la posibilidad de que intervengan un solo abogado y procurador en defensa y representación de ambos cónyuges, revelaban que, en el fondo, aunque cada cónyuge tenía sus propios intereses (en conflicto, ciertamente), no había contradicción en sentido estricto, en cuanto contienda, u oposición, ni, en una palabra, “litis” (cfr., art. 1817 LEC-1881), que justificara la intervención del juez en su genuina -que no única- función jurisdiccional de juzgar, de aplicar la norma para resolver un pleito en que las partes, demandante y demandado, defienden su posición una frente a la otra y que el juez solventa a

18 Ha sido y es, además, la opinión común: GARCÍA CANTERO, G.: *Comentarios al CC*, Madrid, Edersa, 1982, pp. 3, 10 y 11/21; BONET NAVARRO, J.: “Matrimonio y divorcio”, en AA.VV.: *Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil* (coord. por J.L. LACRUZ BERDEJO), Civitas, Madrid, 1994, pp. 942, 945, 1476, 1478 ss.), aunque la estima genuinamente jurisdiccional; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, P.: *Regulación procesal de la ley del divorcio*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 93; VALLADARES RASCÓN, E.: *Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 453 y 454; MONTÉS PENADES, V.L.: *Comentarios al CC*, Ministerio Justicia, Madrid, p. 379; y ya refiriéndose al art. 777 LEC, CORDÓN MORENO, F.: *Comentarios a la LEC*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2001, p. 816; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria*, Iustel, Madrid, 2007, p. 282. Sin embargo, entre los procesalistas DE LA OLIVA (que aquí tomo de GUZMÁN ZAPATER, M.: “Divorcio sin intervención judicial y repudio. Exequatur: los casos de Cuba, Egipto, Marruecos y Méjico”, *Aranzadi Civil*, II, 1999, pp. 5-7/9), consideraba que, si bien similar a la jurisdicción voluntaria, era diverso el procedimiento de divorcio consensual por el interés público que en él subyace (lo que, en su opinión, impediría su desjudicialización), porque el juez no se limita a homologar, y, por último, porque los actos de jurisdicción voluntaria carecen de efecto de cosa juzgada (como así es), mientras que la sentencia la tiene (como se ve en el art. 89 CC al exigir su “firmeza”).

19 Curiosamente, en cambio el Derecho portugués exige en el Encargado del Registro civil que realice algún intento de reconciliación.

favor de una de ellas²⁰. Aquí no hay partes, sino solicitantes que, en la divergencia de sus intereses, han llegado previamente a un acuerdo, a un convenio regulador. Acorde con ello, la labor del juez ha sido siempre de simple control, de mera homologación en su caso. A la vista de lo que establecía antes la Disposición Adicional 6ª de la Ley-1981, y establece aún hoy el art. 777 LEC, solo hay un control de la legalidad del acuerdo, especialmente, que éste no sea perjudicial para los hijos habidos del matrimonio (decía solamente el ap. 6 de aquella Disposición Adicional 6ª), ni que lo sea gravemente para alguno de los cónyuges (ex art. 90.2 CC). Conforme a tales parámetros, el juez se limitaba a aprobar o a rechazar la petición de divorcio y, en su caso, a aprobar o a rechazar, en todo o en parte, el convenio regulador, sin que su potestad alcanzara a corregirlo ni a suplir en él sus carencias (cfr., aps. 4 y 6 del art. 777 LEC vigente); a lo más podía el juez sugerir, que no imponer, a los cónyuges las enmiendas y adiciones que, conforme a los intereses de las partes (cónyuges e hijos), considerase oportunas para que los propios cónyuges las subsanasen en una nueva propuesta de acuerdo (cfr., aps. 7 y 8 del art. 777 LEC). Sólo cuando se tratara de un divorcio contencioso, el juez podía decidir por sí mismo, en defecto de acuerdo o en lugar de lo acordado cuando éste fuese atentatorio contra los intereses en lid (como así se prevé en muchas de las normas del CC; cfr., sus arts. 91 y ss²¹).

Más aún, desde la ley-1981 hasta la actual ley-2005, el divorcio ha cambiado tanto que la función homologatoria se ha visto reajustada, aún más circunscrita o limitada: antes, con la ley-1981, al estar el divorcio fuertemente causalizado, aunque hubiera acuerdo previo entre los cónyuges había que acreditar ante el juez el tiempo de matrimonio transcurrido, desde su celebración (que por entonces había de ser, como mínimo, de un año), y el del cese efectivo de la convivencia (de separación previa), a fin de poder alcanzar, finalmente, la sentencia de divorcio. Hoy, en cambio, para el divorcio consensual, basta con acreditar que han transcurrido

20 Por eso, según nos cuenta VALLADARES RASCÓN, E.: *Nulidad, separación, divorcio*, cit., p. 452, en la tramitación de la Ley-1981, que tal procedimiento fuese judicial fue criticado por el diputado Sr. MOSCOSO DEL PRADO. Advertido es, entre sus estudiosos, que si tanto en la jurisdicción voluntaria como en la contenciosa hay conflicto de intereses, en la voluntaria hay evitación de pleito (de ahí su carácter preventivo), mientras que en la contenciosa hay resolución de una litis ya producida. La jurisdicción contenciosa se ejercita "inter invitos" (o "inter nolentes"), es decir, entre personas que no han llegado a un acuerdo, mientras que la voluntaria se ejercita "inter volentes", o sea, entre sujetos que sí han llegado a un acuerdo y buscan voluntariamente que la autoridad confiera autenticidad, legalidad a dicho acuerdo.

21 Sin embargo, BONET NAVARRO, J.: *Matrimonio y divorcio*, cit., p. 1479, consideraba también aplicables tales normas al caso de divorcio consensual (refiriéndose al de la anterior Disposición Adicional 6ª de la Ley-1981), para concluir que también en este procedimiento el juez decide en lugar de los cónyuges o cambiando directamente sus acuerdos. A mí no me convence tal opinión: de un lado, la propia letra de los arts. 90 y ss CC denota que cuando el juez no se limita a controlar el acuerdo, sino a tomar decisiones, lo hace porque por una u otra razón no se ha llegado antes a un acuerdo entre los propios cónyuges. Y, por otra parte, teniendo en cuenta que el CC es norma sustantiva, y que en esta materia se refiere en general a la separación, al divorcio e incluso a la nulidad matrimonial, su aplicación ha de ceder, como norma común, frente a la norma procesal (fuese antes aquella Disposición 6ª, u hoy el art. 777 LEC), que específicamente, por ser norma especial, se refiere al aspecto procedimental: como es sabido, la ley especial deroga a la general. Y en este sentido es claro (antes con aquella Disposición Adicional 6ª y hoy con el art. 777 LEC), que la intervención del aparato judicial en estos procedimientos de separación o de divorcio consensuales es de mero control, de homologación, a la vista de los apartados 4 y 6 del art. 777 LEC (en texto indicados).

tres meses desde las nupcias (cfr., los arts. 82 y 86 CC y el nuevo ap. 4 del art. 777 LEC); nada más.

Todo ello ha venido a ser confirmado con la vigente LJV, que con tal justificación, no solo ha atribuido desde un principio dicha competencia a los notarios, sino que, además, tras su debate parlamentario y por iniciativa de IU, ha terminado derivando la decisión de control judicial de las separaciones y divorcios consensuados a favor del secretario judicial (ahora llamado letrado de la Administración de Justicia), a través de decreto (como así se observa en la nueva redacción de los aps. 4 y 10 del art. 777 LEC, y en tantas normas del CC; cfr., arts. 82 ss.)²².

En el arbitraje, en cambio, el árbitro cumple una función paralela a la estricta y genuinamente judicial: la de resolver un pleito, un conflicto, en que hay auténticas partes, cada una con sus pretensiones y razones, al que aquél pone fin imponiendo su solución, a favor sólo de una de las partes, mediante un laudo (equivalente a la sentencia), que se dicta ajustado a Derecho o a su sentido de equidad (según el tipo de arbitraje de que se trate).

En la transacción, por su parte, aunque sea esta alcanzada por las propias partes (como remedio autocompositivo), subyace también una controversia, que en su concepción legal (según puede verse, por ejemplo, en el art. 1809 CC español²³) y en su incertidumbre inicial, no admite semejanza con la controversia que -también lo es- se resuelve en el convenio regulador, que, además, ni se limita a evitar un pleito, ni a solucionar cuestiones sólo de presente, sino también de futuro²⁴.

En el fondo, asimilar la transacción al convenio regulador sería también equiparar este a un contrato, lo que, por extensión, podría arrastrar, en esa asimilación contractual, a las capitulaciones matrimoniales y al propio matrimonio; resultando todo ello, como poco, inconveniente.

2. Ley, estado civil y orden público: la imposibilidad de un divorcio transigido o arbitrado.

Más allá de las diferencias indicadas (en el epígrafe anterior), hay una mayor, fundamental, que, en nuestra opinión, también impide admitir el arbitraje y la

22 Conviene, en efecto, advertir que la iniciativa de introducir tal novedad ha venido de manos del partido político de IU (en las enmiendas n° 125, 151 y 161, ante el Congreso). Terminará aceptando tal propuesta el PP (en numerosas enmiendas por él también propuestas ante el Congreso), apoyándola (varias veces, como puede verse en las enmiendas n° 404 y 414), "en que ambos profesionales -Secretarios judiciales y notarios- son titulares de la fe pública judicial o extrajudicial, que es la potestad del Estado que tiene por finalidad dotar de seguridad jurídica a los actos procesales e instrumentos que autorizan".

23 Cuando dice: "La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado".

24 Estas y otras son diferencias que en la doctrina destacan, entre otros, VIOLA DEMESTRE, I.: *El contrato de transacción en el Código Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 273; y RIVERA RIVERA, L.R.: *El contrato de transacción. Sus efectos en situaciones de solidaridad*, Jurídica Editores, San Juan de Puerto Rico, 1998, pp. 96-99.

transacción para resolver cualquier crisis matrimonial, aunque se tratara de un divorcio contencioso: que el convenio regulador, en su contenido, no se limita a las cuestiones patrimoniales que se deriven de la crisis matrimonial (como son la disolución y, en su caso, la liquidación del régimen económico, la pensión compensatoria, o la de alimentos, la atribución de la vivienda familiar, ...). El divorcio, como su contrario (el matrimonio), afecta al estado civil de las personas (que de casadas pasan a estar divorciadas, o de solteras a casadas en caso contrario); implica, por tanto, una cuestión de interés social, de orden público, que en orden familiar afecta, "ad extra", también a terceros (por razones de seguridad jurídica, ex art. 9.3 CE), y que, "ad intra", está muy en conexión con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), con la libertad (a casarse o no, o a divorciarse una vez casado), y con la protección de la familia, y en especial, por razones de justicia, con la de los hijos y del cónyuge más necesitado de protección (arts. 32 y 39 CE); todo lo cual hace que la cuestión del matrimonio, así como la del divorcio, sea indisponible privadamente, ya sea mediante la transacción o a través de arbitraje (cfr., en el Derecho español, los arts. 1814 CC²⁵ y 2 de la Ley Arbitral-2003)²⁶. De ahí el necesario control externo y público a que siempre ha de quedar sujeto el convenio regulador, sea consensual o sea propuesto por uno sólo de los cónyuges. Porque en él están en juego el estado civil de los esposos, y, en caso de haberlos, el interés superior de los hijos²⁷, sobre todo, cuando son menores de edad no emancipados²⁸, supuestos estos últimos, incluso, en que algunos ordenamientos, como el español, ni siquiera permiten un divorcio notarial o administrativo, exigiendo siempre, en presencia de hijos menores no emancipados, la intervención del poder judicial así como del ministerio fiscal (cfr., en el caso español, los arts. 81, 82 y 90.2 CC o el art. 777 LEC, en sus aps. 5 y 10).

25 Que dice: "No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros".

26 Decía GARCÍA CANTERO, G.: *Comentarios al CC*, de Edersa, *ult.loc.cit.*, que el convenio regulador debe ser respetuoso también con los límites del art. 1814 CC; pero como le replicaba RIVERA RIVERA, L.R.: *El contrato de transacción*, cit., pp. 98 y 99, en el convenio no se transige, por ejemplo, sobre alimentos futuros, sino sobre su cuantía, y tampoco se transige en sí sobre la filiación, sino sobre la guarda y el régimen de visitas de los hijos, bajo el control del Ministerio Fiscal.

27 Precisamente, a pesar de que la transacción sea ventajosa como mecanismo alternativo al judicial por ser más rápido y económico que este, sin embargo, presenta también riesgos, como advierte TAMAYO HAYA, S.: *El contrato de transacción*, Madrid, 2003, p. 49: "peligros como la desigualdad y desequilibrio entre el fuerte y el débil". En la misma línea, ROCA TRÍAS, E.: "Crisis matrimonial y arbitraje", cit., pp. 177, 178 y 181. Por su parte, LAUROBA LACASA, M^a.E.: "Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares", cit., p. 41 ss., tras exponer la posición favorable de la mayoría de los países pertenecientes al sistema del *Common law*, cree que, entre nosotros, en absoluto cabe el arbitraje habiendo hijos menores ante la imperiosa necesidad de su protección desde el Ministerio Fiscal. En la misma línea, aunque proponiendo por ello su reforma legislativa para permitirlo, ZARRALUQUI NAVARRO, L.: "40 años de la Ley del divorcio", *ult. loc.cit.*

28 Nos referimos "sobre todo" a menores no emancipados, pues en caso de divorcio notarial, también el notario, como el letrado de administración de justicia han de atender siempre al interés -aunque no sea superior- de los demás hijos, sean menores emancipados o mayores dependientes aún económicamente de los padres, quienes, no en vano, han de ser oídos y deben incluso prestar su consentimiento al acuerdo de separación o de divorcio (cfr., los arts. 82.I.II y 90.2 CC, entre otros, o el art. 777.5 LEC).

Sin duda, el “punctum dolens” del divorcio por mutuo acuerdo extrajudicial concierne al caso en que el matrimonio a divorciar tiene hijos menores, incapacitados o dependientes:

Una opción, adoptada en Perú, Ecuador, Brasil, Méjico, Italia, y en otros países, es no admitir el divorcio extrajudicial en tal caso²⁹. Otra opción, vigente al principio en Portugal, es exigir un juicio previo relativo a los hijos (sobre pensión alimenticia, guarda y custodia, visitas, ...) ³⁰. Y una tercera solución, adoptada desde un principio en Cuba, Colombia, y finalmente en Portugal³¹, consiste en permitir la sustanciación del divorcio amistoso ante notario (o ante el encargado del Registro civil, en el caso portugués), con la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal (del “Defensor de Familia”, así llamado en Colombia, o del Ministerio Público en expresión legal portuguesa), cuyo dictamen es vinculante para los esposos, que deberán adecuar su acuerdo a dicho dictamen; de lo contrario, sólo quedaría la vía judicial.

De entre todas estas opciones, defendidas y debatidas todas entre nuestros propios notarios³², la Ley de Jurisdicción Voluntaria española se inclinó por la primera, aunque matizadamente, al no permitir el divorcio notarial cuando hubiera hijos menores o incapacitados, pero sí cuando se tratase de hijos mayores o menores emancipados, aunque dependientes económicamente. A aquella negativa se refiere ya en su Preámbulo, cuando advierte que “La modificación del Código Civil tiene por objeto –entre otras muchas cosas- la regulación de la separación o divorcio de mutuo acuerdo de los cónyuges sin hijos menores de edad fuera del ámbito judicial, atribuyendo al Secretario judicial y al Notario las funciones que hasta ahora correspondían al Juez”.

No fue casual, ni baladí tal decisión, intencionadamente tomada por el legislador español. Sobre tal cuestión, en un principio, nada se decía en el Preámbulo de la

29 Es, en efecto, la solución que adopta la mayoría de los países latinos que regulan el divorcio notarial (art. 4.a] de la ley en Perú, y el art. 5 de su Reglamento; art. 18, ap. 22] de la ley ecuatoriana; art. 3 de la de Brasil, reformadora del art. 1124.A] de su Código de Proceso Civil), y también es la solución adoptada en el divorcio “administrativo” mejicano (arts. 272 y 273 de su Código civil federal).

30 Así, originariamente, en sus arts. 1773 de su Código civil, 272.l.b] de su Código de Registro Civil, y 1419.l.c] de su Código de Procedimiento civil.

31 En efecto, en su última reforma, habida por la ley nº 61/2008, de 31 octubre, Portugal ha venido a adoptar la solución colombiana, que para algunos, como es mi caso, mejora en este punto a la cubana (según habrá de ver a continuación).

32 En efecto, los había que estimaban sólo acertado permitir el divorcio notarial cuando el matrimonio no tiene hijos (menores, incapacitados, ...); así, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria*, I, pp. 104, 217 y 218); DE LA PRADA GONZÁLEZ, J.M^º: “Problemas que plantea la regulación de la jurisdicción voluntaria”, en *Actualidad Civil*, 2009-2, p. 1632; MARFIL GÓMEZ, J.A.: “El arbitraje en el Derecho de familia”, cit., p. 9/10, mas en su opinión, “pues por algo hay que empezar”. Y los hay que lo admiten, aunque bajo la supervisión del Ministerio Fiscal: así, CARRIÓN GARCÍA DE PRADA, P.: “Aspectos jurídicos y fiscales del divorcio amistoso”, cit., pp. 34 ss, 70 ss; CAMPO GUERRI, M.A.: “Notariado y jurisdicción voluntaria”, en *AAMN*, T. XLV-XLVI, pp. 464-466; GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: “Jurisdicción voluntaria y función notarial”, en *RJN*, 1992-II, pp. 93 y 94, quien incluso proponía que en lugar del Ministerio Fiscal intervinieran peritos (como médicos, psicólogos, ...).

ley, siendo aquel párrafo, antes transcrito, introducido por iniciativa del Partido Popular (en su enmienda n° 372, ante el Congreso). Precisamente, lo fue en contra de la propuesta que durante su tramitación parlamentaria, el PSOE planteó, en varias enmiendas ante el Congreso (en las n° 327 y ss.) y ante el Senado (en las n° 703, 706, ...), proponiendo una solución similar a la originaria portuguesa (aunque no la citaba), entendiendo que tal propuesta “responde... a un criterio de economía procesal, pero en ningún caso a la identificación de la cuestión de alimentos como uno de los efectos propiamente atribuibles a la crisis matrimonial”. Además, se añadía, “hay derechos, como el de alimentos, que no cabe entender perdidos por la firma de los –hijos- mayores afectados”. Nada de ello fue, sin embargo, admitido.

Obsérvese, además, cómo siempre habiendo hijos en la cuestión familiar, siempre el Derecho impone, para su protección, alguna intervención de la autoridad, con la omnipresente del Ministerio Fiscal (no solo tratándose de separaciones o divorcios, sino también para la adopción, para la emancipación, o la sujeción del menor a un sistema de apoyo o de tutela, o para los casos de conflictos de intereses con sus padres, guardadores o representantes, ...)

Así mismo, y en cualquier caso, aunque limitado fuese así el divorcio notarial en su posible ámbito aplicativo subjetivo, para todo divorcio consensuado, sea judicial o notarial, con o sin hijos menores, nuestro Derecho exige su control público -judicial o notarial- de legalidad así como de equidad sobre el acuerdo propuesto por los cónyuges. Es una idea esta que ya mantuve hace tiempo mientras se tramitaba en el Parlamento español la Ley de Jurisdicción Voluntaria, cuando el borrador inicial de la reforma no preveía ese alcance pleno de un control de legalidad y justicia en manos del notario³³ (aunque sí en las del juez, haciendo con ello que la propuesta de reforma fuera, además, desigual, discriminatoria)³⁴. Por

33 Como idea suya, el profesor y notario PÉREZ GALLARDO, L.B: “El divorcio por mutuo acuerdo ante notario: mitos y tabúes”, *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, 2006, pp. 119-143; y en España, en *RDP*, 2007, pp. 65-103, siempre ha insistido en que el control del notario en el divorcio cubano debe de ser doble: de legalidad, y de justicia y equidad. Así también entre nuestros notarios, lo proponía hace un tiempo CARRIÓN GARCÍA DE PRADA, P.: “Aspectos jurídicos y fiscales del divorcio amistoso”, cit., pp. 85 ss.

34 Y así lo critiqué en mi trabajo “Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario en el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria: su elogio, no exento de crítica”, en *Revista de Derecho Privado*, 2014, n° 2, marzo-abril, pp. 97-115. En él, y de acuerdo con la objeción contenida en el Informe del CGPJ (en sus puntos n° 368, 369 y 400), desde un principio me pareció criticable el límite que al control notarial imponía el Proyecto de LJV español, cuando en el art. 90.2 CC propuesto, añadía un nuevo párrafo 2° que decía: “Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Notario y este considerase que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos afectados, lo advertirá a los otorgantes, quienes expresamente deberán consentir estos acuerdos y dejará constancia en la escritura de haber hecho tal advertencia y del consentimiento prestado”. Me parecía entonces que el control del notario debía de alcanzar también tales extremos, sin limitarse a una legalidad mal entendida, desligada de la equidad o de la moral (cfr., arts. 3.2 y 1255 CC), que no se comprende si no alcanza la protección de los cónyuges (como, por lo demás, ya venía haciendo el notario en las capitulaciones matrimoniales, conforme al art. 1328 CC en la exigencia de controlar que haya en tales pactos un equilibrio y se respete la igualdad entre los cónyuges); así como la de los hijos (aunque emancipados, pero dependientes económicamente): en general, es deber del notario proteger, velar por los intereses de la parte más débil del negocio del que da fe pública (cfr., arts. 1 y 147 RN), como, en nuestro

fortuna, el legislador accedió durante su tramitación al cambio, equiparando el pleno control del acuerdo en manos de jueces y notarios³⁵. No obstante la reforma, un sector importante dentro del notariado³⁶ propuso entonces que el control del notario al respecto debía estar presidido por el principio de mínima intervención, proponiendo que se refiriera más a lo que afectase a los hijos que a lo que atañera a los cónyuges, entre quienes había de prevalecer el principio de libertad, aun en el caso de que se pactasen derechos desiguales entre ellos. Olvidaba con ello que hace ya tiempo se exige la observancia de la igualdad entre cónyuges en materia de capitulaciones matrimoniales, cuyo contenido el notario también debe controlar (arts. 1327 y 1328 CC); y que, ahora, idéntica observancia habrá de darse en los convenios notariales de separación y divorcio sobre cualquier acuerdo que afecte a cónyuges e hijos (también incluso ya a los animales). Porque, más allá del art. 1255 CC, que limita cualquier pacto a la Ley, a la Moral y al Orden público, y de su posible analogía con el art. 1328 CC, el propio art. 90.2 CC así lo impone expresa y específicamente en su redacción actual, además, intencionadamente frente a la inicial proyectada (y en el mismo sentido el art. 777.10 LEC si se trata de un divorcio consensual tramitado ante el letrado de la administración de justicia). Cualquier otra interpretación reduccionista o relajada que quiera hacerse del nuevo art. 90.2 CC no será otra cosa que hacer apología de la rebeldía al mandato legal, y a la clara voluntad del legislador, plenamente coincidente con la de la ley. Es esta, precisamente, la utilidad interpretativa práctica que tienen los debates

caso, era el convenio regulador, en que los hijos, si bien no son parte en sentido estricto, en cuanto parte negociadora, son terceros directamente por aquél afectados (arts. 6.2 CC y 19.1 LEC).

Hacia yo tales afirmaciones, por supuesto, sin desconocer la nulidad declarada de buena parte de los arts. 145 y 147 del Reglamento Notarial hecha por la Sala 3ª del Tribunal Supremo en su sentencia de 20 mayo 2008 (aunque, en el fondo, más que por cuestionar en sí que el control de legalidad sea función del notario, porque tal control se consagrara en una norma de rango reglamentario, y no legal); además, la reacción contra tal STS ha sido unánime con argumentos de toda índole argumentando lo que, sin duda, parecería obvio: que el control de legalidad forma parte esencial de la función notarial: desde arriba de la pirámide de nuestro sistema de fuentes, porque el propio art. 9.1 CE impone la sujeción de todos al ordenamiento jurídico (la libertad, pues, no consiste en optar entre lo legal y lo ilegal, entre lo moral y lo inmoral, sino libertad de opción dentro de la legalidad, y de la moralidad; cfr., art. 1255 CC); y en la base de la pirámide, por exigencia de los propios principios (notariales); son tantos los casos puntuales en que las leyes imponen al notario el deber de controlar la legalidad de sus documentos (en materia de consumidores, de hipotecas, de cláusulas abusivas, multipropiedad, y un larguísimo etcétera), que antes que pensar en un elenco de excepciones confirmadoras de una –pretendida– regla (que sería la falta de tal deber de control de legalidad), más bien son la expresión en tan numerosos casos de un principio general del Derecho (no solo del notarial), que confiere el control de legalidad a toda autoridad pública, y que los inspira, en el papel que a los principios confiere el art. 1.4 CC (*vid.*, sin embargo, en contra de ello, MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: *Control notarial de legalidad*, Madrid, 2010, más favorable a un control meramente formal). Asimismo, de mantenerse aquella propuesta inicial contenida en el Proyecto, se generaría una desigualdad, y con ello una indefensión (haciendo tal propuesta, en mi opinión, inconstitucional), si dicho control del notario, de segundo grado podría decirse, era comparado con el judicial que la propia norma proyectada contemplaba, donde –por entonces– el juez, a diferencia del notario, sí podía rechazar la propuesta de convenio en el mismo caso en que el notario solo podía advertir a las partes, sin negarse a escriturar el divorcio.

35 Y así lo elogé en mi siguiente trabajo “Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario, en España: entre su oportunismo político y su exigencia constitucional” (páginas 47 a 81), como el primer capítulo dentro del libro colectivo, que yo mismo dirigí, titulado *Separaciones y divorcios ante notario*, con Prólogo de I. LORA TAMAYO Y C. PÉREZ RAMOS, Madrid, 2016.

36 Encabezado por PÉREZ HEREZA, J. y VARA GONZÁLEZ, J.M.: “Separación y divorcio ante notario”, en *Jurisdicción voluntaria notarial*, Madrid, 2015, p. 24.

parlamentarios -incluidos entre los llamados materiales prelegislativos- (según refiere el art. 3.I CC al mencionar los “antecedentes históricos y legislativos” de la norma a interpretar), a fin de evitar cualquier interpretación tergiversadora –“cerebrina y bizarra”, según decía LACRUZ BERDEJO- que se quiera hacer de la Ley³⁷.

* * *

Todo lo dicho, en definitiva, explica que no quepa admitir, ni siquiera “de lege ferenda”, un divorcio privado, en el que baste el consenso (la “desaffectio maritalis”), como tampoco es bastante el consentimiento (la “affectio maritalis”) para que haya matrimonio.

Tan clara es esta exigencia, al menos hoy, que, sin necesidad de encontrar su correspondencia en el actual Código civil español, lo advertía el art. 77 del Proyecto de CC de 1851: “El mútuo consentimiento de los cónyuges -decía- no es causa de divorcio ni autoriza su voluntaria separación”. Y, entre otras razones (que el propio GOYENA consideraba “de poco o ningún peso hoy”, al ser razones más bien canónicas³⁸),³⁹ decía GARCÍA GOYENA para justificar dicha norma⁴⁰: “El matrimonio es de orden y derecho público: es la fuente y base, el primero y más sagrado interés de la sociedad; no puede, pues, quedar al arbitrio de los particulares destruir por su simple consentimiento tan altos fines é intereses: Seyendo departidos por derecho, non se entiende que los departe el ome: Ley I, título 10, Partida 4”.

Tal razonamiento se mantiene hoy plenamente vigente, aunque no haya norma que en correspondencia con aquella proyectada expresamente prohíba un divorcio privado (tal vez, indirectamente, lo hace el art. 89 CC al exigir que lo sea judicial o, en su caso, notarial). Tal vez lo hiciera el Proyecto de CC de 1851

37 Para mayores detalles al respecto, con cita de doctrina (incluido LACRUZ BERDEJO) y de jurisprudencia, permítasenos, de nuevo, remitirnos a nuestro trabajo “El (relativo) valor interpretativo de los materiales prelegislativos”, *Anuario de Derecho Civil*, 2019, pp. 747-792.

38 Por eso, por ejemplo, también fue necesario en tal proyecto de CC de 1851 la existencia de un art. 75 que dijera: “El conocimiento de las causas de divorcio pertenece exclusivamente –sic- á los tribunales civiles”, cuando tradicionalmente toda cuestión matrimonial (sobre nulidad o separación) era competencia exclusiva de los tribunales eclesiásticos, como advierte el propio GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias y motivos*, cit., pp. 89 y 90), al comentar dicha norma.

39 Lo decía la Ley 8, título 10, de la Partida 4, que prohibía el divorcio declarado por árbitros, del siguiente modo: “Arbitri son llamados en latin, omes en que se avienen algunos, para meter en su mano algund pleyto, que lo libre segund su alvedrio, poniendo pena a las partes. E defiende la Santa Iglesia, que en mano de tales omes non sea metido pleyto de departimiento de matrimonio; quier sean Clerigos, o legos, nin aunque fuesen Obispos. E esto es por dos razones. La una, porque todo pleyto que es metido en mano de árbitros, non se puede acabar si non por miedo de pena, e non debe ser puesta en pleyto de matrimonio. Ca el matrimonio debe ser libre, e quito de toda manera de premia; e porende los árbitros non pueden tal pleyto librar. La otra razón es, porque el matrimonio es spiritual, e fue establecido primeramente por nuestro Señor Dios, segund dize en el Título de los Casamientos. E porende tal pleyto como este no lo puede otro librar, si non aquellos que tienen lugar en la Iglesia de nuestro Señor Jesu Christo, e que han jurisdicción para lo fazer”.

40 En sus *Concordancias y motivos*, cit., p. 93.

por arrastre de otras normas que en aquella época hacían igual aclaración. No en vano, GARCÍA GOYENA indica que aquel art. 77 es tomado de otros Códigos (que suele citar, muchas veces como justificación añadida de los suyos, como son el sardo, el napolitano, el de Luisiana, ...); pero el primero que cita es el art. 307 del CC francés, que, refiriéndose a la separación de la cohabitación (que así se llamaba) decía: “Esta demanda se instará, instruirá y fallará del mismo modo que cualquiera otra acción civil, y no podrá admitirse por mutuo consentimiento de los cónyuges”. Esta norma, pionera, por su fecha, en hacer tal afirmación (sobre todo la de su último inciso, introducido durante su tramitación parlamentaria), tal vez se deba a los continuos intentos que, durante la propia gestación del “Code”, hizo NAPOLEÓN de que se legislara un divorcio lo más rápido y privado posible, al modo en que hizo la revolucionaria Ley de 20 septiembre 1792 (en que una asamblea suplía al tribunal), proponiéndolo, según nos cuenta cierta doctrina francesa, para satisfacer su interés personal de poder así romper su matrimonio con Josefina, que no le proporcionaba descendencia en su Imperio⁴¹.

No habiendo, sin embargo, una norma general correlativa en nuestro actual Derecho sucede lo contrario cuando, en particular, se trata del régimen jurídico habido sobre transacción y arbitraje; a saber:

* * *

Mejor fortuna, en efecto, por su actual vigencia (en el actual art. 1814 CC, al que luego me referiré), tuvo otra norma del Proyecto de CC de 1851, a la que, no en vano, se remitía GARCÍA GOYENA al finalizar su comentario de aquella otra norma (el art. 77); en efecto, lo terminaba diciendo: “vé el art. 1720”, que decía: “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ó cualquiera otra en que deba ser oído el ministerio público, á menos que la ley permita la transacción, con intervención del mismo”. Y en su comentario, insistirá GUYENA⁴² en la misma ratio de aquella otra norma: “Sobre el estado civil, etc.: porque estas y todas las del artículo son de *orden* y derecho públicos: vé los artículos 11, 77 -de nuevo- y 80”. Y antes también de referir lo del orden público, comenzaba GUYENA⁴³ recordando: “Contienda o pleito que naciesse sobre casamiento de algunos, non se podría meter en manos de avenidores, Ley 24, título 4, Partida 3”.

41 Entre otros, así nos lo narran PLANIOL, L. y RIPERT, G.: *Tratado elemental de Derecho Civil, IV: Divorcio, filiación, incapacidades*, Biblioteca jurídico-Sociológica, Méjico, p. 14, y más detenidamente en pp. 23 y 24, aunque advirtiendo que aquella ley de 1792 apenas tuvo tiempo de ser aplicada, y que, finalmente, el sistema de divorcio, formal y causal, acogido en el Code en 1804 sería prontamente abolido, en 1816, por influencia católica, para no ser ya restaurado, de forma moderada sin retornar al divorcio de 1792, a instancia de NAQUET en 1884.

42 En sus *Concordancias y motivos*, cit., p. 132.

43 En sus *Concordancias y motivos*, cit., pp. 131 y 132.

Ahora sí, aun con algún cambio de contenido (y de refundición para incluir como materia no transigible los alimentos futuros, que el Proyecto recogía en norma separada: en su art. 1721), aquella norma, la del art. 1720, será mantenida en el actual art. 1814 CC (cuando este ahora dice: “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros”), cuya razón de ser, alegada por la común opinión, es aquella que ya nos daba GARCÍA GOYENA: el ser una cuestión de orden público y, por tanto, indisponible para las propias partes interesadas⁴⁴. “A contrario sensu”, todo aquello que, estando dentro del comercio de los hombres y sea por tanto objeto de contrato por su interés privado, podrá ser objeto de transacción. Originariamente, el art. 1718 del proyecto de CC de 1851 contenía tal precisión, pero al reproducir el más general en materia de contratos (correspondiente al actual art. 1271 CC vigente), ya el propio GARCÍA GOYENA propondría la supresión de aquél por reiterativo. Así lo entiende hoy la común opinión⁴⁵ y la propia jurisprudencia (vid., por todas, la STS 19 octubre 1960).

Ni siquiera puede suscitar dudas la amplia expresión empleada por el art. 1814 CC cuando niega que se pueda transigir “sobre las cuestiones matrimoniales”, si la ponemos en conexión con otra materia, que, según la propia norma, no es transigible: “el estado civil de las personas”⁴⁶. Tras su completa lectura queda claro, pues, que no cabe un divorcio (ni la celebración de un matrimonio, como tampoco su anulación) mediante la transacción, en tanto que afecta (como el matrimonio, o su nulidad) al estado civil de los cónyuges que pasan a ser divorciados (o casados, tras las nupcias, o solteros en caso de anularse el matrimonio). Más aún si habiendo hijos, la resolución de la crisis pudiera afectar a la filiación⁴⁷.

Coincidente, en fin, por su resultado cualquier interpretación (gramatical, sistemática, histórica, ...), que se quiera hacer de tales normas, reveladoras indubitablemente de su “ratio” y de la “voluntas legislatoris”, de nuevo, cualquier otra interpretación que, al menos “de lege lata”, se quiera hacer de ellas no sería

44 Así, MANRESA Y NAVARRO, J.M^º: *Comentarios al CC*, t. XII, pp. 115, 117 y 118; reproduciéndole, OGÁYAR AYLLÓN, T.: *Comentarios al CC*, Edersa, p. 2/7, citando cuestiones de orden público como la filiación, la nacionalidad, la patria potestad, ...; GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Comentarios del CC*, Ministerio de Justicia, p. 1792; VIOLA DEMESTRE, I.: *El contrato de transacción*, cit., pp. 270 ss., considerando que el estado civil es un derecho de la personalidad y, como tal, indisponible; o RIVERA RIVERA, L.R.: *El contrato de transacción*, cit., pp. 104, 105 y 107.

45 Desde que ya lo advirtiera MANRESA Y NAVARRO, J.M^º: *Comentarios al CC*, t. XII, cit., pp. 114 y 115, siguiéndole muchos otros, como GULLÓN BALLESTEROS, A. (en su monografía sobre *La transacción*, Madrid, 1964, p. 110); OGÁYAR AYLLÓN, T. (*Comentarios al CC*, de Edersa, cit., p. 2/6); ...

46 Destacan tal conexión, OGÁYAR AYLLÓN, T.: *Comentarios al CC*, Edersa, cit., p. 4/7; y VIOLA DEMESTRE, I.: *El contrato de transacción*, cit., p. 272.

47 Es la común opinión la que estima que la expresión “cuestiones matrimoniales” afecta a la existencia o subsistencia del matrimonio, del vínculo matrimonial, como pueden ser su nulidad o el divorcio: GULLÓN BALLESTEROS, A. (en su monografía citada, *La transacción*, p. 117, y, sobre todo, en sus *Comentarios del CC*, M^º de Justicia, p. 1772); OGÁYAR AYLLÓN, T.: *Comentarios al CC*, Edersa, cit., p. 4/7; GASPAS LERA, S.: *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 97; RIVERA RIVERA, L.R.: *El contrato de transacción*, cit., pp. 115-117.

sino pura tergiversación de su finalidad y espíritu. Ciertamente es que, de suyo y sin más, los comentarios de GARCÍA GOYENA al proyecto de CC de 1851 no pueden estimarse como interpretación auténtica y, por tanto, vinculante, sino tan solo -lo que no es poco- como precedente histórico -e incluso- legislativo próximo al CC de 1889 (cfr., la misma Base I^a de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888), con un valor doctrinal, pero tan autorizado⁴⁸ que, siendo como sucede en este caso, tan coincidente su sentir con lo recogido finalmente por el CC de 1889, nadie puede dudar de tan reforzado valor interpretativo en este caso, lo que, de nuevo, impide cualquier otra interpretación diferente que se pretenda hacer.

* * *

Por idéntica razón tampoco sería admisible un divorcio arbitral, declarado por un árbitro, ni siquiera cuando éste sea nombrado judicialmente (cfr., arts.1816 CC y 8.1 de la Ley de Arbitraje española⁴⁹)⁵⁰.

A pesar del cambio de redacción experimentado por el art. 2 de la vigente Ley española de Arbitraje, de 2003, que, frente al tono excluyente de sus precedentes, adopta un tono positivo, o de inclusión, al decir que "son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho"⁵¹, no parece que las materias tradicionalmente excluidas de arbitraje hayan escapado de tal excepción. Frente a los múltiples intentos que hubo durante su tramitación por parte de numerosos partidos políticos⁵² con el fin de reinstaurar un listado de materias excluidas del arbitraje, en la propia Exposición de Motivos de la actual Ley arbitral -con el consabido valor interpretativo auténtico, aunque no vinculante, que tiene todo Preámbulo⁵³- se dice: "El art. 2 regula las materias objeto de arbitraje sobre la base del criterio de la libre disposición, como hacía la ley 36/1988. Sin embargo, se reputa innecesario que esta Ley contenga ningún

48 Al respecto, para mayores detalles me remito a mi trabajo sobre el valor de los materiales prelegislativos publicado en el ADC, con cita inevitable, aunque no necesariamente para compartirlo, del trabajo de LACRUZ BERDEJO, J.L. (con su conocido trabajo: "Las Concordancias de García Goyena y su valor para la interpretación del CC", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 501, 1974, pp. 289-302).

49 Que dice: "Para el nombramiento y remoción judicial de árbitros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar éste aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, la de su elección".

50 MAREIL GÓMEZ, J.A.: "El arbitraje en el Derecho de familia", *ult.loc.cit.*, sólo insinúa el nombramiento judicial del árbitro (al amparo del art. 8.1 de la Ley de Arbitraje).

51 Decía, en cambio, el art. 2 de su antecesora Ley de Arbitraje de 1988: "1. No podrán ser objeto de arbitraje: ... b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición. (...) c) Las cuestiones en que, con arreglo a las leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos".

52 Como el PNV, IU, CiU y PSOE, según cuenta, con detalle, YAÑEZ VELASCO, R. *Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 155 ss.

53 Según puede verse con detalle explicado en mi libro *Principio, realidad y norma: el valor de las exposiciones de motivos (y de los preámbulos)*, con Prólogo de C. ROGEL VIDE, Reus, Méjico-Madrid, 2015, al que me remito.

elencos, si quiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición. Basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la indisponibilidad de su objeto por las partes. En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles. Es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. Pero ello excede del ámbito de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales'. O sea, que, sin romper con la tradición en materia de arbitraje, no se quiso cerrar las puertas a futuras materias que, convencional o legalmente, pudieran quedar igualmente excluidas (o incluidas, según el caso) del arbitraje.

Por consiguiente, la tradicional doctrina y jurisprudencia formada en torno a las anteriores leyes arbitrales, determinante en cada caso de la materia excluida de arbitraje puede, "grosso modo", mantenerse, al menos como criterio orientativo. En ella siempre se ha entendido excluida de arbitraje las materias también excluidas de transacción, entre otras, las que enumera el art. 1814 CC (antes referido), como son el estado civil, las cuestiones matrimoniales, ...⁵⁴; y no porque tal norma, que, apurando "in extremis" su "ratio", puede estimarse como singular o como restrictiva, sea aplicable por analogía (cfr., art. 4.2 CC) -como, en cambio, parece creer AIDA KEMELMAJER en el trabajo anterior citado-; sino porque su "ratio", sin necesidad de expandirse, es idéntica a la del art. 2 de la Ley arbitral. Se trata en ambas normas de materias de interés general, de orden público. Y así será, y sería, aunque tales normas mutaran de redacción, o incluso no existieran. Ahí están, para fijar con alcance general el límite del orden público, los arts. 6.2 y 1255 CC (que, no en vano, el art. 19.1 LEC recuerda cuando se refiere al ámbito judicial), con sus tradicionales límites a la autonomía de la voluntad, como son la Ley, la Moral y -precisamente- el Orden Público.

En contra, MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA⁵⁵ consideran que en la actual Ley de Arbitraje se ha pretendido un "ensanchamiento" de las materias que son

54 Es la opinión mayoritaria entre los expertos en arbitraje, desde GASPAS LERA, S.: *El ámbito de aplicación del arbitraje*, cit., pp. 90 ss., que por entonces se refería al art. 2 de la Ley Arbitraje-1988, pasando ya por la vigente ley, autores como FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de Arbitraje", en AA.VV.: *La nueva Ley de Arbitraje*, Cuadernos del CGPJ, Madrid, 2006, pp. 77 y 78; YAÑEZ VELASCO, R.: *Comentarios sistemáticos*, cit., pp. 160, 189, ...; ROCA TRÍAS, E.: "Crisis matrimonial y arbitraje", cit., pp. 179 ss., 191 ss., para quien, de forma contundente (según dice, p. 181), "no se puede crear un tipo de divorcio distinto de aquél que está previsto legalmente; aquí es donde se manifiesta la limitación consistente en el interés del Estado en controlar las formas matrimoniales"; de ahí que, excluida también como posible tema arbitrado la guardia y custodia de los hijos (según defiende ROCA TRÍAS, E.: "Crisis matrimonial y arbitraje", cit., pp. 177, 178 y 181), solo quede espacio (concluye, en p. 182), para las cuestiones puramente económicas. Y así lo reconoce, a su pesar, MARFIL GÓMEZ, J.A. (a lo largo de todo su artículo "El arbitraje en el Derecho de familia", cit.), proponiendo -por aquel entonces- por ello como reforma legal el admitir el divorcio notarial, al no ser posible tramitarlo por el sistema arbitral. Así también lo acepta, aunque proponiendo su reforma legislativa que permita un divorcio arbitral aun habiendo hijos, ZARRALUQUI NAVARRO, L.: "40 años de la Ley del divorcio", *ult.loc.cit.*

55 MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M^ª: *Tratado de Derecho arbitral*, Civitas, Navarra, 2014, pp. 325 ss.

arbitrables, no siendo, pues, de suyo necesariamente aplicable el art. 1814 CC; en su lugar proponen que el orden público a respetar, ex art. 1255 CC, sea el constitucional, de modo que se entiendan excluidos del arbitraje todo lo relativo al estatuto de las personas (estado y capacidad), y los derechos y libertades públicas fundamentales, que constituyen el núcleo duro y se encuentran comprendidos en los arts. 14 a 29 de la Constitución española. Quedaría fuera, por tanto, el art. 32 de la Constitución, que se refiere al matrimonio y, entre otras cosas, a su disolución.

Se olvida con tal interpretación (en parte sesgada), que el estado civil entronca con la propia personalidad jurídica del ser humano, con su capacidad misma (tanto jurídica como de obrar), esto es, con su dignidad misma, con el libre desarrollo de su personalidad, y con su libertad en fin, lo que, como sucede también con los derechos fundamentales a que se refieren ambos autores, contenidos en los arts. 14 y 29 CE, entronca con el art. 10 CE, que, en absoluto, puede ser objeto de transacción, ni de arbitraje, ni de libre disposición privada sin que haya un mínimo control público (como incluso lo hay para disponer de la vida o de la integridad física).

3. La inconveniencia -práctica- de un sistema de transacción o arbitraje limitado a las consecuencias patrimoniales de la crisis -estrictamente- matrimonial.

Que de aquellas “cuestiones matrimoniales” a que se refiere el art. 1814 CC puedan quedar fuera, y sean por ello transigibles, las “cuestiones patrimoniales” derivadas del divorcio, de la nulidad, ..., como cree buena parte de la doctrina y la propia jurisprudencia españolas⁵⁶, o que incluso quepa, por estar fuera de aquella prohibición, una separación de hecho transigida⁵⁷ o la ruptura de una pareja no

56 Por tratarse de una cuestión colateral que, por ser estrictamente económica o patrimonial (como puede ser la liquidación del régimen económico matrimonial, la pensión compensatoria, o la de alimentos, la atribución de la vivienda familiar, ...), no trasciende al orden público, ni al interés social. Así, el primero en decirlo fue MANRESA Y NAVARRO, J.M^º: *Comentarios al CC*, t. XII, cit., pp. 118 y 119, a quien siguieron otros, como VIOLA DEMESTRE, I.: *El contrato de transacción*, cit., pp. 271 y 272; OGAYAR AYLLÓN, T.: *Comentarios al CC*, *ult.loc.cit.*, quien distingue entre la acción moral de estado y la acción patrimonial de estado, derivada de aquél, sobre la que cabe transacción en tanto no se discuta la existencia y determinación del estado; y así también MERINO MERCHAN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M^º: *Tratado de Derecho arbitral*, cit., p. 276, aunque refiriéndose al arbitraje. Como también lo hace, siguiendo en buena parte a OGAYAR, ROCA TRIAS, E.: “Crisis matrimonial y arbitraje”, cit., pp. 178, 179, 181 ss. y 193 ss. En la jurisprudencia mantienen tal doctrina las SSTs 17 junio 1944, 9 marzo 1948, 13 octubre 1966, 4 diciembre 1985, 12 febrero 1991, o las SSTs 5 febrero 1996 y 8 julio 2002, entre otras. Posición particular sostiene GULLÓN BALLESTEROS, quien al principio (en su citada monografía, *La transacción*, pp. 111 y 112), sigue la opinión de MANRESA, aunque, con BUTERA, la matiza al considerar que la línea divisoria entre la cuestión sobre la que no cabe transacción y sus consecuencias patrimoniales es muy delgada, muy sutil; y así opinaba hasta terminar negando en *Comentarios del CC*, Ministerio de Justicia, p. 1772, aquella posibilidad, de transigir sobre las cuestiones patrimoniales, por entender aplicable por analogía el art. 2.b) de la Ley arbitral, la de por entonces (1988), cuando disponía: “I. No podrán ser objeto de arbitraje:... b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición”. Parece seguirle en esta segunda posición contraria, ROGEL VIDE, C.: “Mediación y transacción en el Derecho civil”, *RGLJ*, núm. 3, 2009, p. 554).

57 Admitida en España, por primera vez, por la STS 31 enero 1985: se trataba en ella de una capitulación matrimonial de conversión de régimen de gananciales en régimen de separación, y de un documento privado acordando la separación (de hecho), la guarda y visita de los hijos y el destino de la vivienda

casada arbitrada, ni los conocidos como pactos prematrimoniales en los que, antes incluso del matrimonio, o ya una vez casados, se planifica en sus efectos una posible ruptura⁵⁸, al no quedar afectado el estado civil en ninguno de tales casos⁵⁹, no nos concierne a nuestro propósito.

Además, al ser la celeridad y la economía, entre otros fines, lo que se persigue con los sistemas (notarial y administrativo) de divorcio amistoso sin juez, en nada ayudan a ello la duplicidad procedimental que aquellas hipótesis provocan: la de un divorcio declarado judicialmente y la de sus consecuencias patrimoniales acordadas, transigidas, o resueltas por un árbitro, por separado. Ni, peor aún, la falta de seguridad y publicidad de que puedan adolecer, como sería el caso de la separación transigida, que legalmente no sería más que una separación fáctica o de hecho, al no ser declarada judicial ni notarialmente, con todos los problemas de prueba y oponibilidad que le son propios al tratarse de mera transacción, de un simple contrato con eficacia relativa o “inter partes” (cfr., arts. 1809 y 1091 CC)⁶⁰. Súmese a ello que, en lo relativo al convenio regulador, el art. 90 CC obliga a tratar todas las materias que en él se mencionan (siendo sólo excluible, remisible a otra ocasión, lo relativo a la liquidación del régimen económico, a la vista del “cuando proceda”, de la letra e] de tal norma; cuya disponibilidad también rige tratándose del divorcio notarial⁶¹).

Por aquella misma razón de economía y celeridad tampoco cabría como oportuno un divorcio transigido judicialmente al amparo del art 1816 CC (cuando

familiar. En su Considerando 6º, frente al recurrente que considera tales pactos nulos por no limitarse a las consecuencias estrictamente económicas de la separación, dice el TS que tales pactos son válidos –no ilegales, ni inmorales, ni perjudiciales (mucho menos para la mujer en el caso, quien, siendo adúltero el marido, se queda con los hijos y con la vivienda)-, y que “no afectan a la esencia -dice- del matrimonio”, al tratarse de una separación de hecho. En su Considerando 8º, frente a la afirmación del recurrente de que se trataba de una transacción contraria al art. 1814 CC, dice el TS que tales acuerdos no vulneran tal norma “cuando ello -el pacto- se refirió a la situación económica del matrimonio y no afectó para nada a la sustancia del vínculo, ni a los derechos de filiación que son indisponibles”.

- 58 Sobre tal figura, véase, recientemente y por todos, el magnífico estudio, aunque no se compartan todos sus extremos, de GARCÍA MAYO, M.: *Pactos prematrimoniales en previsión de crisis matrimonial*, Dykinson, Madrid, 2023.
- 59 En particular, que la situación de las parejas de hecho, aunque registradas, no sea estrictamente un estado civil, nos remitimos a RAMOS CHAPARRO, E.: *Ciudadanía y Familia: los estados civiles de la persona*, CEDECS, Barcelona, 1999.
- 60 Por supuesto, no vamos a tratar aquí de la naturaleza jurídica de la transacción, pero, con la común opinión, convenimos en su naturaleza especialmente contractual, a la vista de su ubicación, su definición legal (contenida en el art. 1809 CC), su esencia, ...; de modo que resulta innegable su eficacia relativa o *inter partes*, aunque pudiera a tales efectos gozar de la cosa juzgada (art. 1816 CC, al cual nos referimos seguidamente, en texto).
- 61 Hacemos tal aclaración en texto a la vista del variopinto panorama habido en los diversos sistemas divorcistas extrajudiciales acerca de si la liquidación del patrimonio común en tales divorcios debe ser voluntaria o necesaria. En Cuba es voluntario hacerlo, así como en Portugal (aunque aquí, recuérdese, quien declara el divorcio es el Encargado del Registro Civil, en absoluto acostumbrado a tales menesteres, como, en cambio, lo está el notario). En los demás sistemas sí es obligatoria tal liquidación, exigiéndose que se realice con anterioridad al divorcio (como sucede en Perú y en Méjico), o que, al menos, se haga simultáneamente a la declaración de divorcio, como uno más de sus efectos (como sucede en Brasil), o incluso con posterioridad de forma obligada (como sucede en Ecuador, donde, téngase en cuenta, el divorcio se declara simplemente mediante acta notarial).

dice: "La transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial"⁶²). Pues, aunque gozase del efecto de cosa juzgada entre las partes, una vez celebrado el convenio transaccional este debería ser homologado por el juez, de modo que, como sucede en las separaciones y divorcios consensuales, el poder del juez es simplemente homologatorio, limitado a aprobar o a rechazar la transacción alcanzada según se ajuste a la legalidad y al orden público (cfr., art. 19 LEC⁶³), mas sin poder modificarla, ni imponer un contenido alternativo⁶⁴. Se trataría, en fin, de nuevo de un procedimiento judicial, en realidad idéntico al que hoy prevé el art. 777 LEC, o antes la Disposición Adicional 6ª Ley-1981, con el inconveniente procedimental, de su mayor pérdida en tiempo y dinero.

Lo mismo cabría decir del arbitraje, que solo cabría admitir para solventar las consecuencias patrimoniales de la crisis matrimonial (como las cargas familiares, las pensiones compensatorias y de alimentos futuros, ...), pero no para declarar el divorcio, ni para determinar sus consecuencias personales (estado civil, filiación, ...). Además, también con el inconveniente procedimental (en tiempo y costes) de que el laudo arbitral, referido a lo estrictamente económico, muy probablemente requeriría de homologación judicial -como parece reconocer, en parte, la propia AIDA KEMELMAJER-⁶⁵.

III. NUESTRA CONCLUSIÓN, CONTRARIA -INCLUSO "DE LEGE FERENDA"- AL DIVORCIO ARBITRADO O TRANSIGIDO COMO PRIVATIZACIÓN DEL MATRIMONIO.

No creemos que la negativa hasta aquí expuesta de admitir un divorcio transigido o arbitrado pueda ser tildada de reaccionaria, cuando, precisamente,

62 MAREIL GÓMEZ, J.A.: "El arbitraje en el Derecho de familia", cit., pp. 25-34, insinúa la idea de un divorcio transigido, aunque sea mediante el nombramiento judicial del árbitro (al amparo del art. 8.1 de la Ley de Arbitraje), y algo parecido afirma, en mi contra, LÓPEZ BARBA, E.: "El contrato de transacción", en AA.VV.: *Contratos civiles, mercantiles, ...*, (dir. por M. IZQUIERDO TOLSADA), Aranzadi, Navarra, pp. 81, 82, 86 y 87), al entender que como puede haber previo conflicto, este puede resolverse mediante transacción, aunque luego esta requiera de homologación judicial.

63 Que, íntegramente, dice: "1. Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero. (...) 2. Si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin. (...) 3. Los actos a que se refieren los apartados anteriores podrán realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia. (...) 4. Asimismo, las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el Letrado de la Administración de Justicia mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días."

64 Así explica el art. 1816 CC, VIOLA DEMESTRE, I.: *El contrato de transacción*, cit., pp. 238 ss.

65 Lo dicho íntegramente en el párrafo constituye la común opinión entre los estudiosos del arbitraje; así, GASPÁR LERA, S.: *El ámbito de aplicación del arbitraje*, cit., pp. 99-102, y 106, refiriéndose al art. 2 de la Ley arbitral-1988; y sobre la actual, PÉREZ-LLORCA, J.P.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 33-35; LORCA NAVARRETE, A.Mª.: *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Marcial Pons, San Sebastián, 2004, p. 40; YAÑEZ VELASCO, R. *Comentarios sistemáticos*, cit., pp. 167, 196-198.

yo mismo he sido vehemente defensor del divorcio amistoso desjudicializado. Nadie cuestiona, al menos hoy (salvo en casos extraños como el escocés, o extraoficiales, como el matrimonio según rito gitano o el “nikah” del Derecho islámico), que tanto el matrimonio, como el divorcio, por su interés público han de estar sometidos a una solemnidad, a una publicidad. Por eso mismo, los sistemas actuales de divorcio extrajudicial (ya sea el notarial o el administrativo) no son absolutamente equiparables al divorcio romano clásico, como tampoco el actual matrimonio es equiparable al matrimonio romano clásico, que se renovaba día a día. Como es bien sabido, en el Derecho romano, hasta la era cristiana, se permitía el divorcio sin formalidad ninguna, porque también sin formalidad ninguna se podía constituir el matrimonio; bastaba con el consentimiento matrimonial (la intención de vida plena y estable en común, la “affectio maritalis”), que había de ser renovado de forma continua y duradera, día a día. Mientras persistía tal intención, así lo hacía el matrimonio, y cuando esa “affectio” cesaba, también cesaba automáticamente el matrimonio, siendo únicamente necesario dar aviso al otro cónyuge de palabra, por carta (“per litteras”) o por mensajero (“per nuntium”).

Pero los tiempos cambian. Ahora el divorcio guarda ciertas solemnidades, especialmente la intervención de una autoridad, por razones de control público de legalidad y de seguridad jurídica (de publicidad para terceros)⁶⁶. Por idénticas razones también el acto opuesto, el de las nupcias, está hoy sujeto a solemnidades⁶⁷. Y que tales controles y formalidades queden delegados en notarios o funcionarios encargados del Registro Civil tan solo implica la desjudicialización del matrimonio y del divorcio, mas no su privatización.

No cabe, por tanto, ni que los propios cónyuges se declaren por ellos mismos casados ni tampoco que declaren su divorcio, ni tampoco basta con que lo haga un árbitro, legitimado en su actuación -y en su autoridad- por las partes, pero que no lo está por el Estado. Porque, de nuevo es necesario recordarlo, con el divorcio no se trata de resolver simplemente un contrato, aunque sea por mutuo disenso, sino de disolver un matrimonio, algo que, a diferencia de cualquier contrato, por afectar al estado civil de las personas resulta de interés social o general. De nuevo, pues, es el orden público el que impide en esta sede cualquier mecanismo privado, sea auto o heterocompositivo.

66 No es así del todo, sin embargo, en Francia y en Italia, donde el notario y el Encargado del Registro Civil, respectivamente, solo ejercen una “homologación” o control formal, no de fondo, lo que, sin duda, resulta objetable, como puede verse, por ejemplo, en el trabajo de FAVIER, J.: “El nuevo divorcio contractual en Derecho francés, hijo ilegítimo de la reforma de modernización de la justicia”, trad. y notas de M. GARCÍA MAYO, *Actualidad Civil*, Núm. 10, 2017.

67 Así lo entienden, entre otros, VALLADARES RASCÓN, E.: *Nulidad, separación, divorcio*, cit., pp. 324 y 325; BONET NAVARRO, J.: *Matrimonio y divorcio*, cit., pp. 945 y 946, negando este, en particular, el divorcio mediante transacción judicial; GARCÍA CANTERO, G.: *Comentarios al CC*, de Edersa, *ult.loc.cit.*, negando especialmente el divorcio ante notario; y, más recientemente, MONTÉS PENADES, V.L. *Comentarios al CC*, Ministerio Justicia, pp. 379 y 380.

Así las cosas, solo una fórmula que respete tal exigencia podría ser, en su caso, admisible. Piénsese, por ejemplo, en los -mal- llamados “jueces privados”, provenientes de algunos países del “Common law”, un sistema híbrido (o judicial por prórroga o por delegación), donde, según nos explica LAUROBA LACASA (pp. 46 y 47), “corresponde pronunciarse sobre el conflicto a jueces retirados –“private decision makers”- investidos de la potestad pública para resolver ese caso, de modo que sus decisiones son vinculantes y pueden ser objeto de apelación ante el tribunal superior. Actúan con el consentimiento de las partes y tras una orden emanada del presidente del tribunal que estaba examinando con anterioridad el caso. Los legitima su reputación previa, que parece una garantía de solvencia. En sus pronunciamientos se ajustan a los parámetros legales, de modo que no hay riesgo de que obvien el principio del interés superior del menor. Pero, como aspectos propios del arbitraje, esos jueces privados actúan de un modo mucho más flexible, rápido y –lo más valorado-, sujetos a la confidencialidad. California los viene utilizando con éxito, aunque con críticas ligadas a esa garantía de confidencialidad y al hecho de considerarlo un instrumento reservado a pudientes. Otros Estados han seguido su ejemplo. Podemos mencionar el de Nueva York, en que los jueces privados constituyen un argumento para rechazar el arbitraje de familia”.

Proponer otra cosa (como un divorcio puramente arbitrado, privadamente transigido, o, como su reverso, pudiera ser la celebración del matrimonio ante un árbitro, ...), aunque se haga “de lege ferenda”, no supondría -solo- la desjudicialización del matrimonio, o de su contrario, el divorcio (como pretende, entre otros, AIDA KEMELMAJER, según anuncia al final del sugerente título de su trabajo: “¿Jurisdicción o arbitraje?”-), sino su privatización o mera contractualización (como yo mismo anuncio en el subtítulo de mi trabajo, que aquí, por fin, finaliza).

BIBLIOGRAFÍA

BRIONES MARTÍNEZ, I.M^a.: "El arbitraje islámico en materia de matrimonio y familia en el Reino Unido", *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, núm. 1, 2014, pp. 61-99.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "Matrimonio (no) formalizado y divorcio notarial en Cuba: una propuesta de futuro para España", *Revista de Derecho Privado*, núm. 95, 2011, pp. 3-56; en una versión extendida, para Argentina, en *Revista de Derecho de Familia y de las personas*, núm. 7 (agosto), 2012, pp. 20-80; en parte resumido, para Italia, en "El divorcio notarial que viene... a España (o de la inevitable desjudicialización del divorcio amistoso)", *Quaderni di Conciliazione*, núm. 2, 2011, pp. 211-244

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "Divorcio y arbitraje: ¿desjudicialización o privatización", en AA.VV.: *La mediación en las diversas disciplinas jurídicas* (dir. por G. CERDEIRA Y C. PILIA), Editorial Olejnik, Argentina, 2020.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de Arbitraje", *La nueva Ley de Arbitraje*, Cuadernos del CGPJ, Madrid, 2006.

GASPAR LERA, S.: *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Pamplona, Aranzadi, 1998.

GULLÓN BALLESTEROS, A.: *La transacción*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1964.

GUZMÁN ZAPATER, M.: "Divorcio sin intervención judicial y repudio. Exequatur: los casos de Cuba, Egipto, Marruecos y Méjico", *Aranzadi Civil*, núm. 2, 1999, pp. 1815-1832.

IBOLEÓN SALMERÓN, B.: "Arbitraje y divorcio", *La Ley*, 2007, pp. 1602-1615.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: "Una solución eficiente para las familias: ¿Jurisdicción o arbitraje?", en AA.VV.: *La mediación en las diversas disciplinas jurídicas* (dir. por G. CERDEIRA Y C. PILIA), Editorial Olejnik, Argentina, 2020.

LAUROBA LACASA, M^a.E.: "Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares: mediación, derecho colaborativo, arbitraje, ¿y...?", *Indret*, núm. 4, 2018, pp. 1-68.

LORCA NAVARRETE, A.M^a.: *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Marcial Pons, San Sebastián, 2004.

MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M^a.: *Tratado de Derecho arbitral*, Civitas, Madrid, 2014.

MARFIL GÓMEZ, J.A.: "El arbitraje en el Derecho de familia en España: un reto de futuro", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 48, 2010, pp. 25-34.

PÉREZ-LLORCA, J.P.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Aranzadi, Navarra, 2005.

RIVERA RIVERA, L.R.: *El contrato de transacción. Sus efectos en situaciones de solidaridad*, San Juan de Puerto Rico, Jurídica Editores, 1998.

ROCA TRÍAS, E.: "Crisis matrimonial y arbitraje", *Anuario de Justicia alternativa*, núm. 6, 2005, pp. 171-200.

ROGEL VIDE, C.: "Mediación y transacción en el Derecho civil", *RGLJ*, núm. 3, 2009, pp. 545-564.

TAMAYO HAYA, S.: *El contrato de transacción*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

VIOLA DEMESTRE, I.: *El contrato de transacción en el Código Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

YÁÑEZ VELASCO, R.: *Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ZARRALUQUI NAVARRO, L.: "40 años de la Ley del divorcio y su necesidad de adaptación al siglo XXI (IV): arbitraje en Derecho de familia", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 984, 2022.