Colección JURÍDICA GENERAL



Derecho de la familia

CARLOS ROGEL VIDE

Catedrático de Derecho civil Universidad Complutense de Madrid

ISABEL ESPÍN ALBA

Profesora titular de Derecho civil Universidad de Santiago de Compostela

Cursos

COLECCIÓN JURÍDICA GENERAL

TÍTULOS PUBLICADOS

El incumplimiento no esencial de la obligación, Susana Navas Navarro (2004).

Derecho nobiliario, Carlos Rogel Vide (Coord.) (2005).

La liberalización del ferrocarril en España. Una aproximación a la Ley 39/2003, del Sector Ferroviario, José Antonio Magdalena Anda (Coord.) (2005).

Derecho agrario, Carlos Vattier Fuenzalida e Isabel Espín Alba (2005).

Matrimonio homosexual y adopción. Perspectiva nacional e internacional, Susana Navas Navarro (Directora) (2006).

Democracia y derechos humanos en Europa y en América, Amaya Úbeda de Torres (2006).

Derecho de obligaciones y contratos, Carlos Rogel Vide (2007).

Comentarios breves a la Ley de arbitraje, Ernesto Díaz-Bastien (Coord.) (2007).

La figura del Abogado General en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Rosario León Jiménez (2007).

Estudios de Derecho Civil, Carlos Rogel Vide (2008).

Código civil concordado con la legislación de las Comunidades Autónomas de Galicia, País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña y Baleares, Carlos Rogel Vide (Coord.) (2008).

Los créditos contra la masa en el concurso de acreedores, Miguel Navarro Castro (2008).

De los derechos de la nieve al derecho de la nieve. Tres estudios jurídicos relacionados con la práctica del esquí, *Ignacio Arroyo Martínez* (2008).

Deporte y derecho administrativo sancionador, Javier Rodríguez Ten (2008).

La interpretación del testamento, Antoni Vaquer Aloy (2008).

Derecho de la persona, Carlos Rogel Vide e Isabel Espín Alba (2008).

Derecho de cosas, Carlos Rogel Vide (2008).

Historia del Derecho, José Sánchez-Arcilla Bernal (2008).

Código civil concordado con la legislación de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Ceuta y Melilla, Extremadura, La Rioja, Madrid, Murcia y Valencia, Carlos Rogel Vide (Coord.) (2008).

Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad, M.ª Dolores Díaz Palarea y Dulce M.ª Santana Vega (Coords.) (2008).

Transexualidad y tutela civil de la persona, Isabel Espín Alba (2008).

Transmisión de la propiedad y contrato de compraventa, Luis Javier Gutiérrez Jerez (2009).

El caballo y el Derecho civil, Jesús Ignacio Fernández Domingo (2009).

Los créditos con privilegios generales: supuestos y régimen jurídico, Carmen L. García Pérez, Ascensión Leciñena Ibarra y María Luisa Mestre Rodríguez (2009).

Personas y derechos de la personalidad, Juan José Bonilla Sánchez (2010).

Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía, Gabriel García Cantero (2010).

La posesión de los bienes hereditarios, Justo J. Gómez Díez (2010).

Derecho de sucesiones, *Jesús Ignacio Fernández Domingo* (2010).

Derecho de la familia, Carlos Rogel Vide e Isabel Espín Alba (2010).

COLECCIÓN JURÍDICA GENERAL Cursos

Director: CARLOS ROGEL VIDE Catedrático de Derecho Civil

Universidad Complutense de Madrid

DERECHO DE LA FAMILIA

Carlos Rogel Vide

Catedrático de Derecho civil Universidad Complutense de Madrid

Isabel Espín Alba

Profesora titular de Derecho civil Universidad de Santiago de Compostela



Madrid, 2010

Los temas 1, 2, 4, 8, 9 y 10 han sido escritos por el profesor Rogel.

Los temas 3, 5, 6 y 7 han sido escritos por la profesora Espín, habiendo sido revisados y anotados, en ocasiones, por el profesor Rogel.

© Editorial Reus, S. A. Preciados, 23 – 28013 Madrid

Tfno: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54

Fax: (34) 91 531 24 08 E-mail: reus@editorialreus.es http://www.editorialreus.es

1.ª edición REUS, S.A. (2010)

ISBN: 978-84-290-1629-1 Depósito Legal: Z. 3047-10 Diseño de portada: María Lapor

Impreso en España Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.

Ctra. Castellón, Km. 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus, ni los Directores de Colección de ésta, responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley.

Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

Ós nosos fillos e fillas, ós netos vindeiros e ás netiñas tamén.

1. FAMILIA Y DERECHO DE FAMILIA

1.1. LA FAMILIA Y EL DERECHO DE FAMILIA

Entendida, por vía de aproximación, como conjunto de personas vinculadas por lazos de amor o de sangre que, en línea de principio, viven juntas, se relacionan entre sí, se organizan y tienen una economía más o menos común, **la familia** es una institución que aparece constantemente en la cultura occidental, significando, dentro de la misma, un «prius» que el Derecho sólo puede reconocer y regular en sus líneas esenciales —matrimonio, parentesco y filiación, patria potestad, tutela—, al margen de que, el dicho instituto, en muchísimas ocasiones, disponga de sus propias, peculiares y reservadas maneras de evitar y componer conflictos entre sus miembros, empezando a jugar el Derecho —en tales casos, cual se ha dicho atinadamente y normas imperativas aparte— sólo cuando la familia misma termina, se descompone.

El Maestro Castán Tobeñas nos enseña que, etimológicamente, *familia* viene de *famulus*, del osco *famel* —siervo— y, más remotamente, del sánscrito *vama* —hogar o habitación—. Se trataría, en suma, del conjunto de personas y esclavos que habitaban con el señor en la casa.

A pesar de su permanencia como institución, la familia cambia de perfil y de estructura a lo largo de los lugares y de los tiempos, pudiendo hablarse, por ello, de **distintos tipos de familia**, entre los que cabe citar los siguientes: familia patriarcal, extensa, casi gentilicia en ocasiones y plurinuclear en otras; familias nucleares ampliadas; familias nucleares estrictas; familias monoparentales, en fin y cual sucede en el caso de mujer soltera con hijos suyos —obtenidos incluso por medio de técnicas de reproducción asistida, como la fecundación «in vitro»— o adoptados. Es evidente que el Derecho recoge uno u otro tipo de familia, y cambia cuando el modelo de familia cambia.

El modelo plasmado en las codificaciones del XIX, desde el Código de los franceses al nuestro propio, es el de una familia patriarcal, extensa, jerarquizada, en donde el padre ejerce su autoridad sobre la mujer y los hijos. Familia de propietarios, familia agraria, en parte regulada aun por el Derecho canónico.

Viendo más detenidamente las características dichas con la ayuda del Decano Carbonnier, resulta lo siguiente: La familia era un conjunto cerrado a la sociedad; se afirmaba incluso contra la sociedad y, de esta independencia y oposición, extraía mayor cohesión y más fuerza. El elemento carnal o biológico era relevante; la familia se conformaba como una invisible red tejida «iure sanguinis». Relevante era, también, el elemento patrimonial, al ser la familia una entidad plutocrática, alianza de capitales, almacén de dotes y herencias.

A lo largo del Siglo XX, el modelo de familia referido sufre transformaciones profundas, referibles mediante las siguientes notas características: estatización —asunción o control, por el Estado, del ejercicio de ciertas funciones encomendadas a la familia y control, por aquél, del ejercicio de las funciones que ésta conserva—; estrechamiento —tránsito de la familia extensa a la nuclear, que implica la reducción de la familia a los padres e hijos comunes sometidos a su patria potestad—; proletarización —la fortuna cuenta menos, en la familia normal actual, que la persona, con su fuerza de trabajo—; democratización —las relaciones de autoridad dejan el sitio a relaciones de reciprocidad, y la autoridad del marido-padre se debilita, poniéndose a su nivel la mujer y ganando los hijos en derechos, atenciones y respeto debido—; desencarnación —el elemento carnal o biológico pierde importancia en beneficio del elemento psicológico o afectivo, generando, por ello, la adopción vínculos equiparables o iguales a los de la filiación por naturaleza—; desacralización —el matrimonio, secularmente entendido como sacramento, pasa a entenderse como contrato resoluble, fácilmente resoluble—.

En esta línea y rotundamente se mueve ya la **Constitución de 1978**, que veremos seguidamente y cuyos artículos sobre la familia son la clave del Derecho de familia, Derecho al cual quiero dedicar ahora la atención.

El **Derecho de familia** es un Derecho con características propias, al estar plagado de normas imperativas, con poco margen para la autonomía de la voluntad, como plagado está de derechos intransmisibles y de potestades ejercidas por unos, los más dotados, los más capaces —padres, tutores—, en beneficio de otros, los menos dotados, los más débiles —hijos, pupilos—, Derecho en el que se dejan ver ideas como las de interés u orden público, a pesar de lo cual —y es uniforme la doctrina actual sobre este punto— tal no es Derecho público sino Derecho privado y, más específicamente aun, Derecho civil, pues civiles son sus principales instituciones, patrimoniales algunas, personales las más.

Lo anterior no impide que existan **normas en otros Derechos** en los que la familia se tenga en cuenta. La tiene en cuenta el Derecho internacional, en el que hay Convenios Internacionales sobre filiación y matrimonio y normas para resolver conflictos de leyes. La tiene en cuenta el Mercantil, cuando se ocupa del ejercicio del comercio por la mujer casada. La considera el Fiscal al tratar, valga por caso, del matrimonio y de los hijos de éste en relación con el IRPF. El Administrativo se ocupa, por ejemplo, de las familias numerosas. El Laboral de los permisos por maternidad, valga por caso. Hay, en fin, y las veremos, normas registrales y procesales al respecto. El único Derecho de familia, con todo, está en el Derecho civil.

1.2. LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN

Sabido el artículo 14, que establece la igualdad de todos los españoles ante la ley y el principio de no discriminación, los artículos fundamentales sobre la familia en la Constitución son los 32 y 39 de la misma. El artículo 32 establece lo siguiente: «1. El hombre y la mujer

tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos».

El artículo 39, por su parte, dice: «1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

Téngase en cuenta que, de conformidad con lo establecido en el artículo 53.3 del Texto Constitucional, «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios —rectores de la política social y económica— reconocidos en el Capítulo tercero —del Título I del mismo, Capítulo que se abre, precisamente con el artículo 39 citado— informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos».

Existen, por otra parte y además de los citados, otros artículos del texto constitucional relacionados con el tema que nos ocupa, cual el artículo 18.1, que garantiza el derecho a la intimidad familiar, el artículo 27.3, relativo al derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban formación religiosa y moral de acuerdo con sus propias convicciones, o el artículo 50, a decir del cual los poderes públicos han de asegurar la suficiencia económica y el bienestar de los ciudadanos de la tercera edad.

No se olvide, en fin, que, de conformidad con lo establecido en la regla octava del 149.1, el Estado tiene competencia exclusiva sobre las reglas relativas a las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio.

1.3. LA PLURALIDAD DE DERECHOS DE FAMILIA EN ESPAÑA

En España, la **pluralidad de derechos** en la materia que estudiamos no resulta de la distinción —improcedente— entre derechos de familia civiles y no civiles, sino de la existencia de diversos derechos de familia, civiles, en la misma, más o menos completos. En efecto, en ciertos territorios nuestros y desde antiguo, existían peculiaridades jurídicas propias en materia de familia, peculiaridades que el propio Alonso Martínez reconoció y que, al margen del Código civil, fueron recogidas en las compilaciones de Derecho foral. En la actualidad y sabida la posibilidad, establecida por el artículo 149.1 de la Constitución en su regla octava, de que las Comunidades Autónomas conserven, desarrollen o modifiquen sus derechos civiles forales o especiales, la cuestión toma un nuevo cariz. Ya no se trata tanto de conservar un derecho propio, foral, que constriñe en cuanto que recibido de los antepasados y singularizador de determinado espíritu de un pueblo, cuanto de legislar en el ámbito, en el límite de las propias competencias, ampliando, si se tercia, el campo de acción territorial del nuevo derecho; ampliando, siempre y en la medida en que se pueda, los institutos sometidos a la consideración y tratamiento del mismo.

Ello sabido, decir que los **Derechos de familia de las Comu- nidades Autónomas** —de cuyo estudio no me ocuparé— se contienen, en lo esencial y salvo error u omisión, en las siguientes leyes
—algunas de ellas modificadas ya—:

- **Andalucía**: Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho.
- **Aragón**: Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre Compilación de Derecho civil de Aragón, modificada por Ley 3/1985, de 21 de mayo. Ley 3/1988, de 25 de abril, sobre la equiparación de los hijos adoptivos. Ley 6/1999, de 26 de marzo, sobre parejas estables no casadas. Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad.
 - **Asturias**: Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables.

- **Baleares**: Decreto legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares. Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables.
- **Canarias**: Ley 5/2003, de 6 de marzo, de regulación de las parejas de hecho.
 - Cantabria: Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho.
- **Cataluña**: Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia catalán, que —refiriéndose a todos los asuntos propios de la materia, con la obligada salvedad del matrimonio y sus formas— deroga numerosos artículos de la Compilación de Derecho civil de aquella Comunidad Autónoma y otras leyes de la misma. Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja.
- **Extremadura**: En determinadas ciudades, villas y pueblos de aquella Comunidad lindantes con Portugal —Alburquerque, Jerez de los Caballeros y Olivenza, entre los más importantes— parece regir todavía hoy el llamado Fuero del Baylio, en base al cual y a semejanza de lo que acontecía en el país limítrofe, el régimen económico matrimonial existente era —y es— el de comunidad universal de bienes entre cónyuges. Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho.
- **Galicia**: Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia.
- **País Vasco**: Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco. Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho.
- **Madrid**: Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho.
- **Navarra**: Ley 1/1973, de 1 de marzo, sobre Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, modificada por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril (contiene referencias a la patria potestad, la filiación, la capacidad de los cónyuges y el régimen económico del matrimonio). Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.
- **Valencia**: Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho. Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen econó-

mico matrimonial valenciano (Ley contra la cual se ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad, admitido a trámite y no resuelto todavía).

1.4. LA FAMILIA EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código civil —objeto fundamental de estudio de la presente obra— no dedica un libro específico al Derecho de familia, Derecho que aparece aparentemente desperdigado en los libros I, III y IV de éste, lo cual ha sido criticado por la doctrina. El Libro I, en el que se contiene el grueso de la disciplina, habla, en el Título IV (arts. 42 a 107), del matrimonio y de su nulidad, separación y disolución; en el V (arts. 108 a 141), de la paternidad y la filiación; en el VI (arts. 142 a 153), de los alimentos entre parientes; en el VII (arts. 154 a 180), de las relaciones paterno-filiales, aquí incluida la patria potestad, la adopción y otras formas de protección de menores; en el X, en fin, (arts. 215 a 313) de la tutela, de la cúratela y de la guarda de los menores e incapacitados. El Libro III, por su parte, se refiere al parentesco en la Sección Segunda (arts. 915 a 920, en lo que interesa) del Capítulo III de su Título III, Capitulo relativo a la sucesión intestada. El Libro IV, por ende, trata, en su Título III (arts. 1315 a 1444), del régimen económico matrimonial, aquí incluidas las capitulaciones matrimoniales y las donaciones por razón de matrimonio.

La división de materias precitada —aun criticada— no es, en modo alguno, caprichosa y tiene raigambre milenaria. De conformidad con la división tripartita del Derecho civil (personas, cosas y acciones —o derechos—) que inspira al Código, en su Libro I, «De las personas», se trata de las cuestiones personales que atañen a la familia (parentesco aparte, arrastrado, por la relevancia que el mismo pueda tener a efectos de sucesión intestada, al Libro III), en tanto que la cuestiones patrimoniales, las atinentes al régimen económico matrimonial, que no estudiaremos en el presente libro, son reguladas en el Libro IV, que trata «De las obligaciones y contratos».

Estas son las instituciones del Derecho de familia plasmadas en el Código, instituciones recientemente reguladas todas ellas, pues,

ÍNDICE

1. FAMILIA Y DERECHO DE FAMILIA

1.1. La familia y el Derecho de familia	7
1.2. La familia en la Constitución	9
1.3. La pluralidad de derechos de familia en España	11
1.4. La familia en el Código civil	13
1.5. Normas de derecho internacional e interregional privado sobre	13
la familia	14
1.6. La familia en la legislación registral	15
1.7. La familia en la Ley de Enjuiciamiento Civil	16
1.7. La famina en la Ley de Enjuicialmento Civil	10
2. PARENTESCO Y ALIMENTOS ENTRE PARIENTES	
2.1. El parentesco	17
2.2. Los alimentos entre parientes	20
2.3. La obligación legal de alimentos entre parientes	21
2.4. Pluralidad de alimentantes y alimentistas	24
2.5. Cuantía, aumento y reducción de los alimentos	25
2.6. Exigibilidad de los alimentos y modo de satisfacer los mismos	25
2.7. Cese de la obligación de alimentos	27
3. MATRIMONIO Y UNIONES DE HECHO	
3.1. El matrimonio y su ámbito	29
3.2. El consentimiento matrimonial	31
	31
3.3. Impedimentos para contraer matrimonio y posible dispensa de	22
los mismos	32
3.4. Formas de celebración del matrimonio	33
3.5. Efectos del matrimonio e inscripción del mismo en el Registro	2 -
Civil	35
3.6. Las uniones de hecho y sus efectos jurídicos	35

				,
4.	DERECHOS Y	DEBERES	DE LOS	CONYUGES

4.1. Derechos y deberes de los cónyuges; consideraciones generales	3
4.2. El deber de respeto	4
	4
conyugal4.4. El deber de fidelidad	4
4.5. El deber de ayuda y socorro	4
4.6. El deber de compartir las responsabilidades domésticas y el cui-	4
	4
dado y la atención de personas dependientes	4
5. NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO	
5.1. Consideraciones generales	4
5.2. La nulidad del matrimonio	4
5.3. La separación de los cónyuges	5
5.4. El divorcio como causa de disolución del matrimonio	5
5.5. Efectos comunes de la nulidad, separación y divorcio	5
5.6. Efectos y medidas provisionales	5
6. LA FILIACIÓN	
6.1. Filiación, persona y familia	5
6.2. Marco normativo	6
6.3. Filiación matrimonial	6
6.4. La filiación no matrimonial	6
6.5. Acciones de filiación	6
6.6. Filiación y técnicas de reproducción asistida	6
7. EL ACOGIMIENTO Y LA ADOPCIÓN	
	6
7.1. El acogimiento y sus modalidades	7
7.2. La adopción. Adoptantes y adoptandos	
7.4. Es et e de la adopción	7
7.4. Efectos de la adopción	7
7.5. Extinción de la adopción	7
7.6. Notas sobre la adopción internacional	7
8. LA PATRIA POTESTAD	
8.1. La patria potestad; concepto y contenido. El beneficio de los hijos	_
y el interés de los menores como referentes	7
8.2. Titularidad y ejercicio de la patria potestad	8

8.3. El cuidado de los hijos y el derecho a relacionarse con ellos	83
8.4. Los bienes de los hijos y su administración	85
8.5. Representación legal de los hijos	86
8.6. Vicisitudes de la patria potestad	
9. LAS INSTITUCIONES TITULARES. LA TUTELA	
9.1. Las instituciones tutelares	89
9.2. De la tutela en general; personas sometidas a tutela y pautas para	
la ordenación de la misma	91
9.3. Constitución y control de la tutela	92
9.4. Nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores	94
9.5. Ejercicio de la tutela	96
9.6. Extinción de la tutela y rendición de cuentas	98
10. LOS RESTANTES INSTITUTOS DE GUARDA	
10.1. La patria potestad y la tutela prorrogada o rehabilitada	99
10.2. La tutela y la guarda de los menores en situación de desamparo	101
10.3. La llamada autotutela	103
10.4. La curatela	104
10.5. El defensor judicial	107
10.6. El administrador de los bienes	108
10.7 La guarda de hecho	108