

ESQUEMAS DE DERECHO DE FAMILIA

BLOQUE I: FAMILIA, ALIMENTOS, MATRIMONIO Y CRISIS MATRIMONIALES

(MATERIAL DIDÁCTICO PARA ALUMNOS DEL GRADO EN DERECHO)

JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO RUIZ
Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Málaga.

PAULA CASTAÑOS CASTRO
Doctora en Derecho civil. Universidad de Málaga.

LECCIÓN 1. EL DERECHO DE FAMILIA.

1. El concepto de familia. Familia y Derecho.

- Cuestión previa: ¿Debe entrar el Derecho en el ámbito de la familia, y si es así, hasta qué punto?

- Si es lo segundo, hay que resolver una cuestión importante: el alcance de la autonomía de la voluntad, esto es, hasta qué punto se pueden celebrar negocios jurídicos en el ámbito familiar. Por ejemplo, en materia matrimonial, ¿se pueden establecer en el matrimonio pactos relativos a la convivencia familiar, a la fidelidad conyugal, estipulaciones de orden económico, renunciar a los alimentos, a la pensión compensatoria, penalización económica en caso de pedir la disolución del matrimonio, fomento de la continuación del matrimonio (pago a uno de los cónyuges por el otro por no pedir la disolución del divorcio en un 1 año). O en el ámbito de las relaciones paterno-filiales: ¿se puede renunciar a la paternidad, a la patria potestad, se pueden celebrar acuerdos de delegación de funciones paternas, pueden los menores celebrar contratos sin contar con sus padres o representantes legales?

- Nuestra CE no recoge una definición de familia. La ley regula y puede en el futuro regular aspectos de la familia. No obstante, la CE, en su artículo 39 CE, sí trata la familia de manera amplia, pero sin definirla. Partimos de un concepto prelegal o extraconstitucional de familia, lo cual permite al legislador una adaptación a una realidad social que demuestra ser totalmente cambiante, también en cuanto al concepto de familia.

- La familia no es una persona jurídica de base asociativa: por tanto, no tiene ni ha tenido nunca personalidad jurídica, sino sólo la de sus miembros. Esta idea está mucho más acentuada en la actualidad, donde ni siquiera existe un interés superior (el interés de la familia) por encima del interés particular de cada uno de sus miembros.

- No existe una jerarquización de intereses de unos miembros de la familia respecto de otros: eso podría atentar contra el principio de igualdad ante la ley.

- No obstante, si algo es claro en los momentos presentes, es la priorización del interés de los hijos menores por encima de cualquier otro interés protegible, sea de otros miembros de la familia, sea de terceros (principio del *favor filii* o de tutela del interés del menor).

- Funciones de la familia: La familia sin embargo cumple una serie de funciones, y el legislador se ha preocupado por ella a veces en exceso. La familia antes era una unidad económica relevante, y ahora está diluida, aunque siguen existiendo empresas familiares.

La familia sigue desempeñando funciones económicas, y también una función política, la familia es un grupo de personas en donde se produce de alguna forma la socialización del individuo.

La familia ha sido considerada como una especie de grupo político. No cabe duda de que por esa función de socialización, si el legislador pone un especial hincapié en la familia, la sociedad se proyectará de esa manera. Una familia muy basada en la autoridad paterna, proyecta una imagen o modelo que favorece la reproducción ulterior de un régimen político basado en la jerarquía y en el autoritarismo. Esa función socializadora a veces se produce de manera inconsciente.

Es importante la figura de la familia y el modelo de familia. Los modelos históricos han cambiado mucho. En el orden romano era una familia muy amplia, formada por el *pater familias*, los convivientes y los esclavos, es una familia totalmente jerarquizada.

En otros lugares, ha existido un modelo de familia muy basada en la familia matriarcal (modelo germánico). La autoridad de la madre, es más importante que la del padre. Es evidente que esta familia tiene también una tradición y origen histórico o prehistórico.

Hemos pasado de una familia muy autoritaria, a una regulación actual basada en las relaciones horizontales.

2. Familia y Constitución. Principios constitucionales:

- Preceptos de la Constitución que tratan aspectos relacionados con la familia:

- **Art. 9** (principio de igualdad real)

- **Art. 10** (principio de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad): Su importancia reside en ser la base de todos los demás derechos de orden personal o familiar.

- Ha sido utilizado como fundamento para la creación de nuevos derechos de la personalidad, o para reinterpretar los derechos preexistentes en clave más actual y adaptada a las circunstancias de cada momento. Ejemplos:

- El derecho a tener un sexo bien determinado (la transexualidad).
- El derecho al matrimonio de los homosexuales.
- El derecho a conocer el propio origen biológico (como alternativa o complemento al derecho a la investigación de la paternidad).

- **Art. 14** (principio de igualdad legal): trato igual a los iguales y desigual a los desiguales.

- **Art. 18** (reconocimiento del derecho a la intimidad personal y familiar): ¿la familia como ámbito cerrado y vedado al control o intervención pública?

- **Art. 27** (el derecho a la educación): Plantea dos tipos de cuestiones:

a) Posibilidad de educar a sus hijos en el propio domicilio?

b) Conflicto de intereses sobre la formación religiosa/ideológica de los hijos: ¿hasta qué punto tienen los padres derecho a decidir sobre la educación de los hijos? ¿Qué hacer en caso de conflicto entre el interés de los padres y el interés del hijo menor, con cierta capacidad de discernimiento?

- **Art. 32** (matrimonio) y **art.39 CE** (protección de la familia).

- **Art. 32: El matrimonio en la Constitución:**

Artículo 32. 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 capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

- Se reconoce en el artículo 32 CE como derecho fundamental (de segundo grado) el derecho a contraer matrimonio.
- ¿Supone el reconocimiento de este derecho el otorgamiento de un “plus” a la familia matrimonial sobre la no matrimonial? Entendemos que no (con base en el artículo 39 CE).
- Se ha dudado si este precepto constitucional limita el matrimonio al contraído por personas de distinto sexo (matrimonial heterosexual): la duda ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional en el recurso planteado contra la reforma del Código Civil por Ley de 8 de julio de 2005.
- El derecho a casarse comprende el derecho a no casarse (de modo que los poderes públicos no pongan cortapisas a tal facultad de elección, o no condicionen el derecho a elegir libremente una de esas opciones, fomentando de manera especial una de ellas).
- No se pueden imponer cortapisas que hagan inviable ese derecho o que afecten a su “contenido esencial” (art.53.1 CE).
Determinación de qué debe entenderse por tal “contenido esencial”:
 - a) Atender al interés tutelado.
 - b) Aspectos que lo hagan reconocible como tal derecho respecto de los demás.

- Se establece también en el art.32 que el matrimonio se celebra con “plena igualdad jurídica”: el matrimonio no puede ser fuente de discriminación por razón de sexo. (Ello al margen de posibles pactos). Cuestión: ¿sería inconstitucional una ley que exigiese para casarse distinta edad a los hombres y a las mujeres?

- El art.32.2. remite a la ley ordinaria la regulación de la edad y capacidad para casarse, las formalidades del matrimonio y las causas de disolución, incluido el divorcio. Alcance de este apartado:

-a) La ley ordinaria tiene libertad para fijar la edad, pero sin que ello suponga poner cortapisas injustificadas por tal motivo.

-b) En cuanto a la capacidad: también la ley deja libertad al legislador ordinario, pero siempre respetando el “contenido esencial”:

- Limitaciones por razón de salud (aquí entra el parentesco cercano)

- Limitaciones por razón de seguridad del Estado?

- Limitaciones por razones religiosas o sociales: no cabe. Son límites que afectarían directamente al contenido esencial.

-c) La remisión a las formalidades del matrimonio (completado con el art. 149.1.8ª CE sobre “formas de matrimonio”), hace pensar en si sería constitucional una ley que ordenase una única forma de matrimonio (civil), o exigiera (como sucede en Francia, por ej.) que el matrimonio siempre se deba celebrar ante la autoridad civil (y luego se permite la forma religiosa respectiva, pero sólo a efectos protocolarios). Creo que no sería inconstitucional.

- Caben no dos o más formas de contraerlo, o es también constitucional que existan dos o más tipos de matrimonio con regulación diferente para uno y otro tipo?

- ¿Significa, por otro lado, que el matrimonio debe ser siempre un negocio formal? ¿Se admitirían modalidades de matrimonio “aformales”? (de hecho, está sucediendo con los Registros de Uniones de hecho o de Parejas Estables de las CC.AA.).

-d) Al establecer la remisión a la ley para regular las causas de disolución: está exigiendo que en todo momento deben reconocerse la posibilidad del divorcio (aplicación del principio del libre desarrollo), sea cual sea el tipo de matrimonio. No obstante, el legislador es libre de regular con más o menos amplitud las causas de divorcio (tanto la antigua regulación de 1981 como la actual han sido perfectamente constitucionales).

- **La familia en la Constitución:**

Artículo 39. 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.

- El artículo 39 establece la protección social, económica y jurídica de la familia.

- No se prejuzga el tipo o tipos de familia a los que se protege: se remite a una concepción social de lo que sea familia en cada momento histórico.

- Eso no significa que toda aquello que la sociedad tolere, automáticamente conlleva reconocimiento social y por tanto protección de los poderes públicos: sólo la tendrán aquellos núcleos que la sociedad tengan aceptación social más o menos extensa en cada momento histórico.

- No creemos que la norma facilite un trato desigual a los diversos tipos o modalidades de familia reconocidos socialmente: deben ser tratados igual, con la única particularidad de su propia idiosincrasia (por ej. en una unión de hecho, los derechos y deberes deben ser distintos de los del matrimonio, pero ello no debe suponer un trato discriminatorio en cuanto a la asistencia pública a los diversos tipos familiares).

- Se establece el principio de protección de los hijos, sin que pueda haber lugar a discriminación por razón de filiación.

- Se establece como principio el de la investigación de la paternidad, pero no se fijan sus límites concretos. Por tanto, podrá ser limitado o excluido en determinados casos, según criterios razonables del legislador ordinario. Esto plantea la cuestión de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la limitación derivada de las técnicas de reproducción asistida (anonimato del donante impuesto por ley) por chocar contra este principio.

Hay que tener en cuenta que este principio tiene una raigambre histórica, en cuanto tiene su causa en unas determinadas circunstancias históricas (tutelas de los hijos extramatrimoniales). Ahora existen otras, en concreto de las citadas técnicas, que exigen un cambio de planteamiento. ¿Pero hasta el punto de excluir totalmente la aplicabilidad de este derecho, tan arduamente conseguido?

- Se dispone la responsabilidad paterna en el cuidado de los hijos, como deber pero al mismo tiempo como facultad. Pero se hace más hincapié en el aspecto de deber: esto ha influido en la regulación actual de la p.potestad y la tutela de menores, y en el tratamiento de los menores en la Ley del Menor.

- Hay finalmente una remisión a los Tratados internacionales para protección de los hijos, como complemento de la Constitución y las leyes.

3. El Derecho de Familia como rama del Derecho Civil. Caracteres:

- Se discutió históricamente si esta rama del derecho formaba parte del Derecho Público (CICU). Hoy nadie duda que forma parte del Derecho Privado.

- **Caracteres:**

1.- Influencia de concepciones morales.

- Tiene una mayor influencia que el resto de las ramas, de las cuestiones morales y religiosas. Esto es cierto, pero tan solo en parte. La influencia religiosa por ejemplo, ya no es especialmente relevante.

La influencia del cristianismo en el derecho de familia ha sido muy importante. El matrimonio es un negocio solemne que hay que celebrar con una determinada forma y proviene de la influencia cristiana. Antes del cristianismo, los matrimonios no eran negocios solemnes. Hoy todas las CCAA tienen regulación sobre uniones de hecho. Están equiparadas al matrimonio. Sin embargo, no se constituyen las uniones de hecho forma solemne. En algunas CCAA se exige inscripción en el registro de uniones de hecho.

- Se puede decir que el aspecto ético y no jurídico del matrimonio persiste en cuanto a los derechos conyugales. Ej: los cónyuges deben respetarse mutuamente, los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad, compartir las tareas domésticas...etc. Esto son los deberes conyugales. Estos deberes no son coercibles jurídicamente. Ningún poder público puede coaccionar, por ejemplo, para convivir con el cónyuge.

2.- Menor autonomía privada:

El Derecho de familia es un derecho donde juega menos la autonomía de la voluntad que en otras partes del derecho privado. Es más, en algunos momentos, se ha dicho que debería de estar fuera del derecho privado por el carácter imperativo de sus normas.

La autonomía de la voluntad tiene tres límites: ley, moral y orden público.

¿Qué podemos decir que es de orden público innegociable, que no se puede negociar entre las partes?

- a) La poligamia no es admitida en nuestro país. Por la protección de la dignidad de la persona, no del polígamo, sino de las personas que contraer matrimonio con el polígamo. Es también una razón de seguridad jurídica, de las expectativas económicas, aunque tampoco es un factor decisivo.
- b) Los deberes conyugales no se pueden alterar, pero el Estado no se puede inmiscuir en como se organicen los cónyuges. Existe un único modelo de matrimonio al contraer matrimonio, no se pueden modificar a la hora de prestar el consentimiento en el momento de contratarlo, porque se aplican a todo matrimonio. Una vez celebrado el matrimonio, si los cónyuges pactan que no rija el deber de fidelidad, puede tener consecuencias. Si se puede demostrar que después de casados acordaron sobre el deber de fidelidad, puede tener influencia en el ámbito por ejemplo, de la filiación. Probablemente aquí, el principio de presunción de paternidad ya no existiría. El derecho de socorro mutuo; ¿puede alterarse contractualmente entre los

cónyuges el régimen de asistencia económica entre ellos? En el caso del régimen económico matrimonial, existen capitulaciones matrimoniales, y se puede establecer el que se quiera. ¿Hasta el punto de denegar asistencia a uno de los cónyuges? No existe norma que lo prohíba, a pesar que el artículo 67 establezca que haya que socorrerse.

¿Son imperativas las normas sobre disolución del matrimonio? Por supuesto. Esto es así, para dar seguridad jurídica. ¿Qué valor jurídico tendría el que ellos sin acudir al juez en un momento determinado se establezca dar por disuelto el matrimonio? ¿Que valor jurídico tendría esa disolución del matrimonio? Sería vinculante *inter partes*, pero no frente a terceros.

- c) La prevalencia del menor es un principio de orden público. Tanto en el código civil como en la ley del menor, impera el principio de protección integral del menor o de prevalencia de interés del menor sobre cualquier otro.

4. Familia y parentesco:

- No hay un tratamiento específico en el Código Civil, fuera de la regulación contenida en materia de sucesión intestada (arts. 915 a 920 CC).

- Efectos jurídicos del parentesco:

- Por consanguinidad: Derecho de alimentos, derecho sucesorio (intestado y legitimario).

- Por afinidad: Tan sólo se recoge algún efecto muy puntual en el art. 754 CC.



LECCIÓN 2. LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS

1. La obligación de alimentos entre parientes. Fundamento y caracteres:

Fundamento:

- Fundamento legal: el art. 39 CC, que remite a lo que diga la ley (puede en el futuro ampliar o reducir los sujetos beneficiarios). Se limita a los alimentos de padres respecto de hijos (no respecto de otros parientes, que no se fundamenta en el art. 39 CE).
- Derecho a la vida (excesivamente dramático, y poco adaptado a una sociedad como la nuestra).
- Principio de solidaridad familiar. Efecto típico del parentesco (aunque sólo surge cuando se dan los dos parámetros básicos: necesidades y medios de quien la presta).
- Relaciones entre familia y Estado en la prestación de alimentos:

a) Hecho evidente: En una sociedad como la nuestra, el Estado cubre muchos aspectos que serían propios del deber alimenticio (asistencia sanitaria gratuita, educación gratuita, etc...).

b) Estas prestaciones permiten excluir en ocasiones el presupuesto de la “necesidad” del alimentista, y por tanto excluir la obligación misma.

c) La obligación de alimentos coexiste con la asistencia pública (también como “obligación” pública): se puede ir más allá de lo que el Estado proporciona, ya que la obligación de alimentos no se limita al mínimo exigible.

d) Propiamente no puede hablarse de subsidiariedad de la obligación de alimentos respecto de las prestaciones públicas. Los alimentos entre parientes cubren lo que no cubre el Estado, y cubren más allá de lo que lo hace el Estado, en unas circunstancias concretas (si además el que los da tiene medios abundantes: conforme a su nivel social).

- Ambito de aplicación de los arts. 142 ss C.Civil:

- Sobre todo en casos de crisis matrimonial (separación), o en casos de hijos no convivientes, o de pérdida de la patria potestad.

- Si no es así, queda esta obligación embebida en otras funciones o potestades más amplias, como la patria potestad o el matrimonio.

- ¿En qué se diferencian los alimentos aisladamente de los alimentos en la patria potestad o el matrimonio?

- En el matrimonio, los alimentos entre cónyuges no se limitan a las condiciones y límites de los arts. 142 y 146 CC, sino que van más allá. No hay que reclamarlos judicialmente para que nazcan. Estos alimentos se extinguen con la disolución/divorcio. (¿Es constitutiva hoy día una sentencia de divorcio?).

- ¿Podría pactarse una prolongación de la pensión alimenticia más allá del divorcio? ¿Podría acortarse, y darse por extinguida, con la decisión de las partes de divorciarse, pero antes de la sentencia de divorcio?
- Los arts. 142 ss. se aplican al matrimonio en casos de crisis matrimonial (separación de hecho o judicial, pero no en caso de divorcio).

- Hijos menores de edad: Se aplica el art. 110 CC (Si hay filiación, pero no patria potestad) y el art. 154 CC si hay p. potestad. No juegan los límites cuantitativos del art. 146 CC. No hay que reclamarlos judicialmente para que nazcan. No juega la idea de necesidad (puede que el hijo tenga sus propios medios económicos, pero no por ello dejan de tener los padres obligación de alimentarlos conforme a los arts. 110 y 154 CC, aunque puede jugar el art. 155 CC). No se aplican las mismas causas de extinción del art. 152 CC.

- Entonces, cuándo se aplica a los menores el art. 142 ss CC? Cuando no hay convivencia con los hijos menores, o cuando se trata de otros parientes más lejanos (nietos). También, a los hijos a partir de la mayoría de edad.

- Diferenciar los alimentos de la pensión compensatoria en el divorcio.

Caracteres:

- Obligación legal: Se le aplican las normas generales de las obligaciones, salvo regulación específica.

- Contenido patrimonial: No es propiamente una obligación de contenido patrimonial, pero en la práctica lo es, al menos en cuanto se incumple. (Su efectividad se percibe justamente cuando hay alguien que la reclama y alguien renuente a cumplirla).

- Personalísima: Se extingue con la muerte. No cabe su transmisión.

- Intransmisible: No se puede transmitir en vida con carácter genérico. No obstante, cabe cesión de prestaciones concretas ya vencidas y exigibles. Cabría la licitud de los pactos sobre el modo de ejecución o cumplimiento.

- Irrenunciable e intransigible: Explicación. Sería una renuncia nula en cuanto sería en perjuicio de tercero (si no hubiera tercero perjudicado -el Estado u otros parientes más lejanos-, acaso podría valer).

No obstante, sí son renunciables las prestaciones ya vencidas. ¿Podría ser válido un pacto de reducción del contenido de la prestación (por debajo de las necesidades reales, o con cobertura sólo parcial de las mismas)? El art. 1814 CC lo prohíbe. Respuesta flexible: cabría, pero en un determinado momento; no sería vinculante de cara al futuro (pero no podría reclamarse retroactivamente).

- Recíproca: No en el sentido del art. 1124 CC, sino que es de doble dirección, pero en momentos diferentes. No puede subsistir a la vez en una y otra dirección (no se darían sus presupuestos).

- Excepción a la reciprocidad: art. 111 CC o causa del art. 152.4º CC.

- Imprescriptible: No desaparece con el tiempo, ni con la llegada a determinada edad (aunque esto podría modificarlo la ley ordinaria ex art. 39.3 CE). Es consecuencia del vínculo de parentesco, que no desaparece con el tiempo (salvo adopción). Sí prescriben las prestaciones concretas (art. 1966.1º CC: cinco años).

- Proporcionalidad: Art. 146 CC.

- Irretroactividad: art. 148.1 CC.

- Los hijos cuya filiación sea determinada, no puede reclamar alimentos a su padre ya declarado con efectos retroactivos (si ha sobrevivido, sería prueba de que no los necesitaba en ese momento; basta con los que a partir de ahora va a recibir). (Quizás es viable una acción de enriquecimiento sin causa por tercero que los ha cubierto, si no lo hizo de forma gratuita).
- Tampoco cabe reclamarlos retroactivamente si por pacto se fijó cuantía, pero era insuficiente o inferior al legal.
- Modificable en función del cambio de circunstancias: (¿aplicación de la Cláusula rebus sic stantibus? No exactamente: la ley en su art. art. 147 CC es más flexible en cuanto a los presupuestos de modificabilidad).

2. Los sujetos obligados:

- Los parientes en línea recta ascendente y descendente.
- Los cónyuges.
- Los hermanos.

- Alimentos entre hermanos: auxilios necesarios para la vida (luego los alimentos respecto de los demás parientes engloba algo más, no sólo en cuanto a las prestaciones concretas, sino también en cuanto a la intensidad de las mismas).

- No hay deber legal de alimentar a otros parientes o extraños: por ej., no cabe respecto de sobrinos, o primos hermanos. Cabe prestarlos de forma voluntaria y gratuita (sin posibilidad de reembolso) o mediante acuerdo o contrato de alimentos (en cuyo caso se atenderá a lo pactado: art. 153 CC). El caso de los sobrinos es dudoso (¿habría derecho de representación en línea colateral, por la remisión del art. 144 CC a las normas intestadas? No parece defendible).

- Pluralidad de alimentantes: Principio de Mancomunidad, y no solidaridad.

- En principio, debería haber litisconsorcio pasivo necesario, en los procedimientos de reclamación de alimentos (si están en el mismo grado).

- Orden de prestación en art. 144 CC: Regla general: art. 144 CC (cuando son varios los posibles obligados, respecto de un único alimentista, se sigue ese orden).

Excepción: Si son varios los alimentistas simultáneamente respecto de un mismo alimentante, y no haya bienes suficientes, se preferirá a los hijos menores antes que al cónyuge.

3. Contenido de la obligación de alimentos y modos de cumplimiento:

- Ver el artículo 142 CC: prestaciones concretas.

- El art. 149 CC: Principio de elección por parte del alimentante, salvo excepciones. Puede elegir entre pago de pensión en metálico (mensual) o acoger en casa al alimentista.

- Excepciones a los alimentos en el domicilio del alimentante:

a) Cuando vaya en contra de la situación de convivencia según las normas aplicables.

b) Cuando vaya en contra de una resolución judicial.

c) Cuando concurra justa causa o perjudique el interés del menor de edad.

4. Incumplimiento y extinción de la obligación de alimentos:

-Incumplimiento:

El incumplimiento supone una infracción de la ley, por lo que debe ser objeto de sanción:

- Vía de embargo de los bienes del deudor y vía de ejecución forzosa. No es una sanción sino exigir el cumplimiento. La sentencia firme de alimentos, es un título ejecutivo judicial, por lo que, si la pensión ya ha sido fijada, no será necesario un juicio declarativo para obtener su pago.
- Puede constituir delito conforme a art. 226 C..Penal
- Puede ser causa de privación de la patria potestad, art. 170 CC

- Es justa causa de desheredación
- Es justa causa de revocación de las donaciones

- Extinción de la Obligación de alimentos:

1.- Muerte: tanto del deudor como acreedor, por su carácter personal

2.- Insuficiencia patrimonial del deudor: cesa la obligación cuando la fortuna del obligado a darlo se hubiera reducido hasta el punto de no poder satisfacerlo hasta el punto de no poder cubrir sus necesidades y las de su familia. Aclaración: El alimentista también es familia, sin embargo la norma se refiere a la familia más próxima (por ejemplo: si tengo que alimentar al abuelo, antes tiene que cubrir las necesidades de sus hijos, antes de alimentar a su abuelo).

3.- Desaparición de la necesidad del alimentista. El fundamento de obligación de alimentos está en la necesidad; si la necesidad se reduce, se reduce también la obligación. Se refiere la norma a cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, de suerte que no necesite alimentos. Ha de ser una posibilidad real y actual, no remota.

4.- Cuando alimentista ha incurrido en causa de desheredación.

5.- Cuando el alimentista sea descendiente, y no trabaja lo suficiente (cuando la necesidad de él procede de su mala conducta o de su falta de aplicación al trabajo). No debería haber motivo si se diera el caso de que fuera un ascendiente. En la práctica no suele aplicarse. Parece q se refiere a un trabajo autónomo.

Prescripción: art. 1966 CC: las prestaciones vencidas y no pagadas, prescriben a los 5 años. La prescripción no es propiamente una causa de extinción.

5. Pacto de alimentos

Art. 153CC respecto a pactos de alimentos. Se regirá por lo establecido en el contrato y subsidiariamente se regirá por la ley en lo no previsto en el acuerdo. En la medida de que hablemos de pactos sin fundamento en la ley, o pactos adicionales a los alimentos legales, se regirá por lo pactado y no por los dos parámetros básicos de necesidad y capacidad económica.

-Remisión al contrato de alimentos (art. 1791 ss. CC).

LECCIÓN 3. EL MATRIMONIO

1. El matrimonio: concepto, fundamento y evolución histórica:

- El matrimonio es un contrato “sui generis”, históricamente cargado de matices religiosos e ideológicos. Se detecta una evidente y progresiva secularización y aproximación a los contratos civiles, sobre todo de orden societario.
- Es un vínculo legal, constituido de por vida, entre dos personas, con específicos deberes y derechos recíprocos, celebrado mediante determinadas solemnidades legales.

- Aspectos críticos:

a) Es realmente un contrato? ¿Qué obligaciones nacen para las partes, que respondan a las características de las obligaciones (Libro IV del C.Civil)? Son obligaciones de contenido no patrimonial, salvo la de sostenimiento o socorro mutuo, en su vertiente patrimonial. (Sobre la posibilidad de responsabilidad civil por incumplimiento, remitimos a los deberes conyugales).

- Se diferencia de los contratos al uso en que no tiene contenido patrimonial (no es del todo cierto) y en que no hay intereses contrapuestos (pero se parece mucho a los contratos societarios, donde tampoco los hay).

-Se dice que no es contrato o negocio jurídico, porque no hay posibilidad de modificar su contenido (no es tampoco cierto del todo: Es verdad lo dispuesto por el art. 58 CC, pero eso no impide modificaciones mediante pacto).

¿Qué hay de “jurídico” en el matrimonio?

1.- El deber de alimentos entre cónyuges, mientras no exista divorcio (o separación).

2.- La presunción de paternidad.

3.- El deber de contribuir al sostenimiento de las cargas familiares (sea cual sea el REM elegido): contribuirán según lo pactado o, en su defecto, de forma proporcional a sus respectivos caudales e ingresos.

b) ¿Realmente, se constituye de por vida? Hay que recordar la imposibilidad legal de vinculación perpetua en los contratos de servicios y la libertad para dar por concluidos en cualquier momento los contratos de confianza (mandato, servicios, obra). Seguramente por eso, y por la aplicación del principio de libre desarrollo de la personalidad, el legislador español desde 2005 establece que estamos ante un contrato que en realidad se renueva día a día, de modo que se puede romper en cualquier momento en cuanto uno solo de los cónyuges decida cambiar de opinión. Se han suprimido todas las trabas existentes a esa libre disolubilidad (salvo la exigencia de tres meses mínimos de matrimonio).

b) ¿Qué valor tienen los deberes recíprocos entre las partes, cuando uno de ellos manifiesta la voluntad de disolución? Ello nos remite a las consecuencias de la separación de hecho y a la eficacia de los pactos expresos o tácitos en la separación de hecho.

c) ¿Deben ser tan relevantes hoy las formalidades para constituirlo, cuando se es tan permisivo en cuanto a las exigencias legales para la disolución? Hay una cierta disfunción entre las exigencias para constituirlo y las facilidades para su ruptura.

- La solemnidad: En principio, responde a una idea de seguridad jurídica y de protección de terceros, por un lado (en su diferencia con las uniones de hecho), y a la tradición, por otro.
- Qué aspecto de la forma del matrimonio es verdaderamente relevante y puede generar nulidad matrimonial? Muy poco (la intervención de la autoridad competente y la presencia de dos testigos); lo demás no es relevante y no conlleva la nulidad del matrimonio (ni la tramitación del expediente matrimonial, ni la competencia del autorizante, ni la lectura de los preceptos legales del Código, etc.). Ver arts. 53 y 73 CC.
- Varias formas/solemnidades, al reconocerse la forma canónica, y las de otras confesiones (judaica, musulmana, evangelista).

- No existe una idea inmutable e inamovible de lo que sea matrimonio: su contenido ha ido evolucionando con el tiempo (en España, por ej., han cambiado los deberes conyugales: arts. 66 ss. CC), y en función de cada sociedad.
- Su función es la de satisfacer necesidades de las personas en el aspecto afectivo, con el fin de desarrollo de la personalidad. Históricamente ha estado vinculado a las necesidades de procreación.
- El matrimonio puede ser concebido como negocio jurídico (contractual) y como relación jurídica entre dos personas.

- Matrimonio como negocio o como acto jurídico: ¿posibilidad de alteración por voluntad de los otorgantes?: sí es posible, al menos en los aspectos patrimoniales. En lo personal, sería posible, en la medida en que las alteraciones no desfiguren y no permitan identificarlo como tal. De todos modos, persistirá frente a terceros en la medida en que no sea formalmente disuelto o alterado (en lo económico), a menos que los terceros no sean de buena fe y se les haya dado conocimiento de esas alteraciones.

- No obstante, el legislador concibe el matrimonio como único en cuanto modelo legal inalterable, al menos en el momento de su celebración. Así lo quiere nuestro legislador todavía: Normalmente, por razones de seguridad jurídica, quizás por facilidad, y por las dificultades de que los terceros puedan conocer las posibles alteraciones concretas en su régimen (. En relación a esto último, a día de hoy, a pesar de que la (inaplicada) Ley del Registro Civil ha intentado solucionar el problema, sigue siendo muy difícil a los terceros conocer los específicos pactos entre cónyuges, ya que el Registro Civil aún no los publica, pero está prevista ya la publicación o transcripción de los acuerdos económicos concretos; antes sólo se practicaba una “mención” registral al REM).

- Matrimonio como creador de un estado civil: hoy ha perdido buena parte de su relevancia, al poderse disolver con suma facilidad.

- Tradicionalmente el matrimonio ha sido entre personas de distinto sexo. La reforma legal de julio de 2005 ha permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que hasta la fecha sólo existe en contados países europeos. Hoy se admite en nuestra legislación el matrimonio entre personas del mismo sexo, con exactamente los mismos efectos jurídicos que cualquier matrimonio heterosexual (salvo los relacionados con la procreación y la filiación: por ej., imposibilidad de aplicar la presunción de paternidad a un matrimonio de dos mujeres). El matrimonio de transexuales se entiende hoy admitido, después de cierta jurisprudencia dubitativa.

- ¿Eficacia del acuerdo de extinción del matrimonio *inter partes*, antes incluso de la sentencia?: no se ha planteado en la jurisprudencia como tal, pero sí respecto de los pactos de separación de hecho (Cuestión conexa: ¿la sentencia de divorcio es constitutiva o declarativa?).

- ¿Qué valor tiene la decisión unilateral de disolver el matrimonio? Hay que pensar que la misma no impide una reconsideración de la decisión (no es irrevocable, y puede dar lugar al desistimiento de demanda de divorcio unilateral aún no concluida con sentencia firme).

2. Sistemas matrimoniales:

- Dos tipos genéricos:

a) Sistemas dualistas: dos tipos de matrimonios, con su régimen propio, uno civil y otro religioso (de la confesión dominante); en principio, sin libre elección.

b) Sistemas monistas: un único tipo de matrimonio.

- Los sistemas dualistas se caracterizan por la admisión de al menos dos modalidades o formas de celebrar el matrimonio, con los mismos o con distintos efectos.

- Los sistemas monistas se caracterizan por un único matrimonio, con los mismos efectos, pero distintas formas de celebración,

- Dentro de estos últimos, se distingue tradicionalmente entre:

a) Los de corte latino: forma religiosa obligatoria para los bautizados o miembros; forma civil, para los que no profesan religión.

b) Los de corte anglosajón: dos (o más formas) pero de libre elección.

- Nuestro sistema vigente es de matrimonio único, con diversidad de formas de celebración, y de libre elección (en la medida en que lo permita el responsable de la confesión correspondiente). No existe un matrimonio religioso (católico) con un contenido y un régimen diferenciado del regulado en el Código civil.

- En la actualidad se admiten, además de la forma civil general, hasta cuatro formas religiosas de celebración: las del rito católico, protestante (evangelista), judaico y musulmán.

3. La promesa de matrimonio:

- Se regula en los arts. 42 y 43 C. Civil.

- No tiene legalmente la consideración de contrato vinculante, aunque sí se le atribuyen algunos efectos jurídicos en caso de ruptura. Fundamento: asegurar la libertad plena de contraerlo, en el momento en que ha de expresar la voluntad matrimonial y ante la autoridad competente.

- Puede ser vinculante en la medida en que no se haga depender lo acordado de la celebración del matrimonio.

- Hay que replantearse el valor actual de la promesa, a la vista de la nueva concepción del matrimonio (entendida como acuerdo de ambas partes firme y seguro de contraer futuro matrimonio; ¿y si hay convivencia ulterior?). Promesa de matrimonio y uniones de hecho: sí que puede tener relevancia.

- Presupuestos de la responsabilidad:

1.- Incumplimiento sin causa.

2.- Promesa cierta de matrimonio.

3.- Efectuada por mayor de edad o menor emancipado (esta última referencia hoy no tiene mucho sentido).

- Gastos incluíbles: gastos hechos y obligaciones contraídas (y aún no cumplidas) en atención al matrimonio.

a) Repercusión de gastos por pasar temporadas en casa de la novia/novio: no parece.

-Plazo de caducidad de un año para exigir estos gastos (art. 43 CC).

4. La capacidad matrimonial:

- Limites generales:

a) Impedimento de edad: Ha cambiado: ya no se puede a partir de los 14 años, sino a lo sumo a partir de los 16 años y previa emancipación formal.

Es aplicable a los españoles. ¿Es cuestión de orden público español la exigencia de edad? (Caso de menor de 15 años marroquí que se casa con consentimiento de su padre, y pretende su vigencia en España).

b) Impedimento de vínculo:

- Es cuestión de orden público la monogamia (delito de bigamia).

- Hay que pensar en el cambio producido en la concepción del matrimonio y su influencia en este impedimento (cuando por ej., ya se ha hecho una manifestación solemne e inequívoca de divorciarse, pero aún falta la resolución judicial).

- En casos de nulidad matrimonial, la sentencia que anula un matrimonio anterior, aunque sea posterior, entendemos que es declarativa, y no constitutiva, por lo que sería válido el segundo matrimonio, aun antes de dictarse la citada sentencia.

- Límites especiales: Art. 47 CC: Aplicable a personas concretas que, teniendo capacidad general, no pueden casarse entre sí.

a) Parentesco en línea recta por consanguinidad o adopción.

Razones eugenésicas y de orden social. Respecto de la adopción, el adoptado no podrá contraer matrimonio ni con los adoptantes ni con sus consanguíneos. Si se extinguiera la adopción (art. 180 CC) se podría contraer matrimonio.

b) Parentesco por consanguinidad hasta el tercer grado. Cabe dispensa por el Juez (art. 48CC) del tercer grado de colateralidad. No se incluye el parentesco adoptivo, aunque quizás habría que hacerlo, dado que normalmente se adopta desde muy corta edad, y hay un vínculo afectivo creado entre los hermanos y parientes que podría justificar la extensión de la prohibición, por razones sociales.

c) Condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o conviviente de cualquiera de ellos. Ha cambiado en 2015: se incluye al conviviente de hecho, y cabe dispensa por el Juez (antes era el Ministro de Justicia).

5. El consentimiento matrimonial:

- Consentimiento singular, y no general: en relación a la persona con la que contrae. Es simultáneo al de la otra parte contrayente.

- No hay consentimiento:

a) En caso de simulación: Confabulación de ambas partes para ponerse de acuerdo y aparentar algo que no quieren. Matrimonio nulo.

- Ellos nos lleva a los matrimonios de complacencia o de conveniencia: se buscan otros fines (fraude de ley?). Presunción general de buena fe, y reconocimiento del “*ius connubii*”. Grandes dificultades de prueba. Grave riesgo de cierto “clasismo” o incluso racismo o xenofobia. Atender a datos objetivos. Se puede ejercer un control tanto a priori, en la tramitación del expediente matrimonial, como a posterior, a través de acción de nulidad.

b) En caso de reserva mental: Se trata de una voluntad unilateral de uno de los contrayentes de no querer casarse, ocultada en el momento de prestar el consentimiento ante la autoridad competente (apariencia de consentimiento externo, sin que coincida con la voluntad interna). Gran dificultad de prueba.

c) Otros casos de falta de consentimiento:

- Matrimonios celebrados por poder, cuando este no existía por ser nulo, o fue revocado antes de la celebración; o cuando había fallecido antes el poderdante.
- No hubo consentimiento ante la autoridad competente.
- Anomalías o deficiencias psíquicas graves.

d) La condición, término y modo en el matrimonio: El efecto es que se tiene por no puestos. Si ese condicionante no se pone de manifiesto ante el autorizante, podría implicar simulación. Pero para que ello suceda, y pueda dar lugar a nulidad matrimonial, lo será en la medida en que pueda probarse que el consentimiento no se hubiera prestado de otra forma.

- Referencia al término: Quizás habría que replantearse esta restricción, dada la actual concepción del matrimonio (que se “renueva día a día”).

- Referencia al “modo” (imposición de obligaciones a uno de los cónyuges, que no entren dentro de lo fijado en el estatuto matrimonial, o dentro de lo susceptible de pacto entre los cónyuges): la libertad de pacto no tiene por qué excluir la eficacia de pactos a este respecto.

- Posibilidad de fijar estos condicionantes “a posteriori”, después de celebrar el matrimonio. ¿Qué eficacia tendrían? ¿Serían vinculantes, en cuanto a los efectos jurídicos pactados (penalidades, por ej.; o atribuciones patrimoniales beneficiosas)? Remisión a las consideraciones generales sobre la libertad de pactos en el matrimonio.

6. El expediente matrimonial:

Se sigue tramitando hasta 30 de junio de 2017 por el Juez Encargado del R.Civil. Los trámites son los señalados en la Ley del Registro Civil de 1957, aún no derogada, al no haber entrado en vigor la de 2011.

7. La forma de celebración del matrimonio:

- Es elemento esencial, en cuanto el matrimonio es un negocio con forma “ad solemnitatem”. No obstante, no toda vulneración de la forma de celebrar el matrimonio conlleva la nulidad del mismo; sólo en supuestos muy puntuales (ver art. 73.3 CC). No es requisito de forma solemne la inscripción en el Registro Civil (art. 61 CC).

- Posibilidad de optar entre matrimonio en forma civil o en formas religiosas: sea cual se la confesión de los contrayentes.

- Forma civil: art. 49 CC: Es aplicable a los españoles que deseen contraer matrimonio.

- Ha cambiado en 2015 en cuanto a las autoridades y funcionarios que los pueden celebrar:

a) Juez, Alcalde o funcionario señalado por el Código. Pueden delegar (art. 57.II CC).

b) Secretario Judicial o Notario: Queda pendiente hasta el 30 de junio de 2017 que puedan tramitar el expediente matrimonial, según la D.T.Cuarta de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, pero pueden ya intervenir en el acto mismo de la celebración del matrimonio.

- ¿Y si no son españoles? Se puede otorgar ante la autoridad prevista en su ley nacional. En España se reconocerá ese matrimonio como regla, salvo que atente al orden público español (ej. matrimonio poligámico).

- Formas religiosas:

La Ley 25/1992 de 10 de Noviembre reconoció, además de la confesión católica, a las Entidades religiosas Evangélicas, a la federación de las Comunidades Israelitas de España y a la Comisión Islámica de España, como autorizadas para otorgar matrimonio en esa forma. Esta ley ha sido modificada en parte por la Ley de J.Voluntaria de 2015.

En todas ellas, el Expediente matrimonial se tramitará ante las autoridades civiles señaladas (hasta 2017, sólo en Encargado del R.Civil). La prestación del consentimiento se hará ante el representante o ministro del culto correspondiente, debiendo cumplirse las exigencias de la legalización civil precisas para su inscripción.

8. Contenido del Matrimonio: los deberes conyugales:

- Arts. 66 ss. CC.

- Matrimonio como contrato bilateral con deberes recíprocos para ambos cónyuges.

- Naturaleza de estos deberes: no son coercibles. Han desaparecido casi totalmente las posibles sanciones legales por su incumplimiento (básicamente, antes eran las de servir de base a la separación o el divorcio).
- Posibilidad de exigir responsabilidad civil por daños en caso de vulneración de deberes conyugales? Hasta ahora, el T.Supremo lo ha denegado en varias sentencias. Sin embargo, algunas Audiencias Provinciales lo han admitido. Daños resarcibles hipotéticamente: daños morales, así como daños generados al padre legal por el mantenimiento de un hijo que no era suyo.

9. Crisis matrimoniales:

NULIDAD:

- Defecto de origen (en la capacidad, el consentimiento o la forma).
- Las causas de nulidad están en el art. 73 y ss. CC.: remisión a los vicios del consentimiento contractual, con matices (no aparece el dolo, pero eso no implica que esté excluido).
- Quizás existe una correlación entre nulidad y divorcio: cuanto más fácil sea divorciarse, menos relevancia deberían tener las causas de nulidad.
- La solicitud de nulidad suele conllevar crisis de la pareja: en caso contrario, se podría convalidar.
- Cuidado: esa convalidación afecta a sólo determinadas causas de nulidad (vicios del consentimiento) pero no a otras (falta de consentimiento, defecto de forma). Quizás debería reformarse el CC en este punto, para permitir la convalidación.

- Sus efectos varían algo respecto de la separación y el divorcio, a pesar de que los arts. 90 ss CC parezcan dar un tratamiento unitario a los tres tipos de situaciones. Especialmente las diferencias residen en la pensión compensatoria (no la hay en la nulidad: sólo la indemnización prevista en el art. 98 CC), y en la liquidación del REM (se puede optar por liquidar con base en el régimen de participación, sin que el de mala fe pueda obtener beneficios del otro: art. 1395 CC).

- Hay diferencias en cuanto a la acción de nulidad:

a) Se puede ejercitar por los legitimados aun después de la muerte de uno de los cónyuges (no así en el divorcio).

b) No sólo están legitimados los cónyuges, sino otros sujetos, según la causa de nulidad: básicamente, cuando la causa no afecta a un vicio del consentimiento de uno de los cónyuges, la legitimación es amplia (art. 74 CC: cualquier persona con interés legítimo y M.Fiscal, en casos de defecto de forma o de inexistencia de consentimiento matrimonial). En caso de falta de capacidad, el art. 75 CC, adopta una legitimación intermedia, ni muy amplia ni muy estricta.

- Al ser defecto de origen, la nulidad tiene eficacia retroactiva al momento de celebración: es como si no hubiera habido matrimonio ni convivencia.

- Esto debe ser matizado por el art.79 CC (matrimonio putativo):

a) Se exige la buena fe de alguno de los cónyuges (puede ser de ambos).

Por buena fe se entiende la ignorancia de la causa de nulidad o la conducta del contrayente adecuada en relación a la celebración del matrimonio. En los hijos siempre hay buena fe.

b) Efectos respecto de los hijos: se consideran matrimoniales a todos los efectos (relevancia sólo a efectos de filiación y de acciones de filiación). Obviamente, no dejan de ser hijos de su padre y su madre, al margen del matrimonio de éstos, por lo que siguen bajo la patria potestad de ellos tras la nulidad, y conservan sus derechos de alimentos y hereditarios.

c) Efectos respecto del cónyuge de buena fe: conserva sólo los ya producidos antes de la firmeza de la sentencia de nulidad. Aquí se incluyen, entre otros, la nacionalidad, la residencia, e incluso la sucesión hereditaria, si su cónyuge de mala fe había fallecido antes de la firmeza de la sentencia. No sucede así cuando los efectos se pretenden después de decretarse la nulidad, al haberse extinguido el matrimonio con efectos retroactivos (es como si nunca hubiera existido, respecto de tales posibles efectos).

- SEPARACION:

- Ruptura de la convivencia pero no del vínculo.

- Hoy es mucho más claro: el que se separa, expresamente no desea la disolución del vínculo matrimonial.

- En cuanto a sus efectos: básicamente, cesa la convivencia, y como consecuencia, el deber de vivir juntos. Por derivación, el deber de fidelidad y el de socorro mutuo (salvo respecto de los alimentos).

1.- Separación de hecho:

- No interviene la autoridad pública decretándola. Es fruto del acuerdo o de la decisión unilateral.

- No es una situación de ilegalidad, aunque hace años se discutía, en la medida en que supone incumplir los deberes matrimoniales. No obstante, puede suponer excepcionalmente un delito de abandono de familia.

- En principio, no supone la disolución del REM (gananciales o similar), pero la jurisprudencia lo entiende implícito en el hecho mismo de separarse.

- Respecto de hijos, la situación sigue igual como regla (patria potestad compartida): pero el ejercicio de la p.potestad corresponde al progenitor con quien convivan los hijos menores (art. 156 CC). No es causa por sí sola de privación de la p.potestad: es lógico que la convivencia con los hijos cese.

- Pactos en la separación de hecho:

- Aplicación de los criterios y límites generales.

- Validez de los relativos a las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges en el período de separación. No necesidad de control judicial.

- Probable aplicación de los efectos del art. 102 CC, si hubo pacto de separación, salvo estipulación específica en contrario.

- Respecto de hijos menores, están sujetos en cuanto a su validez al control judicial (previo o sobre todo posterior), a través de su sometimiento por terceros o por los propios hijos (art. 158 CC).

2.- Separación judicial o pública:

- Supone el control judicial o público, previo o posterior.

- Puede ser de mutuo acuerdo, o a instancias de uno solo de los cónyuges. Este último sólo puede ser judicial.

- Esquemáticamente, tras la reforma de julio de 2015, las cosas son así:

a) Separación decretada por la autoridad judicial (siguiendo el procedimiento de la LEC): según el art.81 CC:

1.- Cuando se trate de separación consensual, pero existan hijos menores no emancipados o con capacidad modificada judicialmente (antiguos incapacitados) que dependan de sus progenitores. Hay que presentar con la solicitud propuesta de convenio regulador del art. 90 CC. El juez puede revisar su contenido así como el Ministerio Fiscal, que debe intervenir en interés de estos hijos menores o incapaces.

2.- Cuando se trate de separación unilateral a petición de uno solo de los cónyuges. Aquí parece lógico que intervenga la autoridad judicial, ya que existe un conflicto de intereses que ha de resolverse. Procede haya o no hijos menores o incapaces.

Se exige en ambos casos el transcurso de 3 meses de matrimonio, salvo lo previsto en la norma (riesgo para vida e integridad,...del cónyuge demandante o de los hijos). La vía en tales casos es la de acudir al Juzgado de violencia doméstica.

b) Separación de mutuo acuerdo, sin que haya hijos menores o mayores con capacidad modificada judicialmente: en tales casos, no interviene el Juez, y se puede optar por someter el Convenio regulador al Secretario Judicial o bien al Notario (deben tener competencia en ese territorio).

- Esa solicitud debe incluir la prestación del consentimiento inequívoco de separarse ante dichos funcionarios, así como la presentación de Convenio regulador.

- Se exige la presencia personal de cada cónyuge (eso parece implicar la imposibilidad de actuar a través de apoderado: lo cual es ilógico dado que el art. 55 CC permite el matrimonio mediante apoderado; luego debería hacer lo propio en caso de separación o divorcio).
- También se exige el consentimiento de los hijos mayores que convivan y que no tengan medios suficientes. Este consentimiento es voluntario, por lo que no es imprescindible: si no lo dan, deben acudir a un procedimiento judicial de reclamación de alimentos.
- Es obligatoria la presencia de abogado (lo era ya antes de la reforma para cualquier actuación ante los Tribunales, no ante el Notario).
- Llama la atención lo dicho en el art. 90.2.IV CC: incluso cuando intervienen los Notarios, parece que se dispone o no de un título ejecutivo calificable como “judicial”, puesto que dice que los acuerdos se podrán hacer efectivos por la vía de apremio.
- La acción de separación:
- Sólo corresponde a los cónyuges. Se deduce del art. 81 y 82 CC.
- Sin embargo, el TS primero y después el T.Constitucional (STC de 18 de diciembre de 2000) han admitido la posibilidad de que el representante legal del cónyuge (cuando haya sido incapacitado) pueda también instar la separación matrimonial, en defensa de los intereses del tutelado (razones de tutela judicial efectiva de los intereses de éste, dado que el cónyuge capaz podría tomar decisiones de administración perjudiciales para el otro).
- Efectos de la separación:

- Art. 83 CC: separación de la vida en común y la posibilidad de vincular bienes del otro en la potestad doméstica.
- Momento de estos efectos: Es discutible: desde la firmeza de la sentencia o del decreto del Secretario judicial; si fue ante Notario, desde el otorgamiento mismo (supone una cierta priorización del cauce notarial, que es más rápido en cuanto a sus efectos).
- Se introduce una referencia a la necesidad de que la separación produzca plenos efectos frente a terceros de buena fe a partir de la inscripción de la separación en R. Civil (esto no se decía en el antiguo art. 83 CC).
- Art. 84 CC: no se ha modificado lo referente a la reconciliación, que sigue igual, en cuanto a exigencia de comunicación al Juez que entienda o haya entendido del litigio (cuando hoy intervienen Secretario judicial o Notario, debe formalizarse la reconciliación en una nueva escritura pública o en un acta de manifestaciones ante el Secretario). En general, no estamos de acuerdo con la necesidad de que haya que notificar la reconciliación: creemos que sus efectos, al menos *inter partes*, se producen desde que así lo deciden ambos cónyuges, o aquel que se separó. Tan sólo puede ser relevante si el procedimiento aún no ha concluido.
- Efectos automáticos por la presentación de demanda o solicitud (art. 102 CC: no ha sido corregido y sigue hablando de demanda, cuando no tiene por qué ser ya así):
 - a) Viven separados (seguramente ya lo estaban desde antes) y cesa la presunción de convivencia (a efectos de presunción de paternidad, por ej.).
 - b) Revocación de consentimientos y poderes (efectos del cese de la relación de confianza).

- DIVORCIO

- Supone la ruptura sobrevenida y definitiva del vínculo, además del cese de la convivencia.

- Preponderancia del principio del consentimiento: lo decisivo para el legislador español es la voluntad inequívoca de divorciarse, y no los motivos para hacerlo, que son irrelevantes. Se funda en la idea del divorcio como manifestación del principio del libre desarrollo de la personalidad.

- Se aplica al divorcio los mismos parámetros y cauces que a la separación matrimonial. Por lo tanto:

a) Divorcio decretado por la autoridad judicial (siguiendo el procedimiento de la LEC):

1.- Cuando se trate de divorcio consensual, pero existan hijos menores no emancipados o con capacidad modificada judicialmente (antiguos incapacitados) que dependan de sus progenitores. Hay que presentar con la solicitud propuesta de convenio regulador del art. 90 CC. El juez puede revisar su contenido así como el Ministerio Fiscal, que debe intervenir en interés de estos hijos menores o incapaces.

2.- Cuando se trate de divorcio unilateral a petición de uno solo de los cónyuges. De nuevo decir que parece lógico que intervenga la autoridad judicial, ya que existe un conflicto de intereses que ha de resolverse. Procede haya o no hijos menores o incapaces.

Se exige en ambos casos el transcurso de 3 meses de matrimonio, salvo lo previsto en la norma (riesgo para vida e integridad,...del cónyuge demandante o de los hijos). La vía en tales casos es la de acudir al Juzgado de violencia doméstica.

b) Divorcio de mutuo acuerdo, sin que haya hijos menores o mayores con capacidad modificada judicialmente: en tales casos, no interviene el Juez, y se puede optar por someter el Convenio regulador al Secretario Judicial (con competencia conforme al art. 769 LEC: lugar del domicilio conyugal o del domicilio del demandado, a elección) o bien al Notario (deben tener competencia en ese territorio).

- La norma del art. 87 CC dice que “*los cónyuges también podrán.*”, con lo que suscita cierta duda acerca de si, en tales casos, se podría recurrir a la vía judicial. Este adverbio (*también*) no aparece en la regulación de la separación.

- No se entiende muy bien que sólo el divorcio (o separación) consensuales y sin hijos menores o incapaces pueda ser decretado por Secretarios y Notarios, y no el divorcio unilateral. En este último, debería haberse autorizado la posibilidad de manifestar la voluntad de divorciarse (dado que no se exigen condiciones ni se fijan límites) del cónyuge concreto ante el Fedatario público (no son otra cosa Notario y Secretario Judicial), con efectos disolutorios inmediatos,

y dejar para el Juez la resolución de los conflictos de intereses sobre vivienda familiar, pensión compensatoria, guarda de hijos, etc....

- Esa solicitud debe incluir la prestación del consentimiento inequívoco de divorciarse ante dichos funcionarios, así como la presentación de Convenio regulador.

- Se exige la presencia personal de cada cónyuge (eso parece implicar la imposibilidad de actuar a través de apoderado: lo cual es ilógico dado que el art. 55 CC permite el matrimonio mediante apoderado; luego debería hacer lo propio en caso de separación o divorcio).

- También se exige el consentimiento de los hijos mayores que convivan y que no tengan medios suficientes. Este consentimiento es voluntario, por lo que no es imprescindible: si no lo dan, deben acudir a un procedimiento judicial de reclamación de alimentos.
- Es obligatoria la presencia de abogado (lo era ya antes de la reforma para cualquier actuación ante los Tribunales, no ante el Notario).
- Se aplica también lo dispuesto en el art. 90.2.IV CC: incluso cuando intervienen los Notarios, parece que se dispone o no de un título ejecutivo calificable como “judicial”, puesto que dice que los acuerdos se podrán hacer efectivos por la vía de apremio.
- Acción de divorcio: Se regula en el art. 88 CC, que no ha sido modificado.
- Sólo están legitimados los cónyuges, como es obvio, al tratarse de una cuestión personalísima (reforzada por la exigencia de su presencia personal en los divorcios consensuales ante Notario o Secretario).
- No obstante, la Sentencia del T.Supremo de 21 de septiembre de 2011, ha resuelto legitimar también al representante legal del cónyuge incapacitado. El criterio utilizado es muy discutible, dado que entendemos existen mecanismos legales de tutela de aquél que no supongan necesariamente la disolución del vínculo (que podría no ser querido por el cónyuge incapaz, si tuviera discernimiento).
- La acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges. Es efecto de su carácter personalísimo.
- Sin embargo, no debería ser así, dado que no son los mismos efectos los de la disolución por muerte que por divorcio (por ej. no hay derecho a pensión compensatoria del cónyuge sobreviviente; sólo derecho a los gananciales y a la

herencia, en su caso). Por eso, debería permitirse que, una vez iniciada la demanda de divorcio, se pudiera continuar la misma hasta su sentencia, incluso aunque falleciera el cónyuge demandado durante la tramitación del procedimiento. Ello porque así se podría conseguir una sentencia que fijase una pensión compensatoria al cónyuge sobreviviente, dado que el art. 101 CC permite la continuidad de la misma más allá de la muerte del obligado a prestarla.

- Respecto de la reconciliación, debemos reiterar lo dicho respecto de la separación judicial.

- Efectos del divorcio:

- Se extingue el vínculo y como consecuencia de ello, todos los deberes conyugales. No hay ya deber de alimentos ni derechos sucesorios (intestados ni legitimarios).

- Seguramente todo esto ya se había producido antes, con la separación de hecho de los cónyuges, esto es, con la ruptura de la convivencia definitiva, y no meramente puntual.

- Tiene efectos “ex nunc”, esto es, sin retroacción al momento de la celebración del matrimonio.

- Es muy discutible, sobre todo tras las dos últimas reformas de 2005 y de 2015, que cuando el divorcio es judicial, haya que esperar a la firmeza de la sentencia para que produzca efectos (art. 89 CC). Deberían producirse sus efectos, al menos *inter partes*, a partir de las declaraciones de voluntad inequívocas de divorciarse (o si era unilateral, a partir de la demanda de divorcio). Ello permitiría declarar disuelto el vínculo a partir de ese momento, con posibilidad de considerar válido el matrimonio celebrado entre tanto. (Pensar que en determinados casos, podría tardarse tiempo en dictarse sentencia, por razones formales u organizativas del Juzgado). Estamos pensando en el divorcio judicial, y en el decretado por el Secretario judicial, pero no sucede lo mismo con el resuelto por el Notario.

