

CARLOS LASARTE

Catedrático de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid)
Presidente de la Sección Española de la Comisión Internacional del Estado Civil
Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación

DERECHO DE FAMILIA

PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL

Tomo Sexto
8.^a edición

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2009

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
Abreviaturas	XXVII
Prólogo a la octava edición	XXXI

PARTE PRIMERA EL DERECHO DE FAMILIA

CAPÍTULO 1 EL DERECHO DE FAMILIA

1. La familia y el parentesco en general	4
2. El Derecho de familia	5
3. Modernas orientaciones del Derecho de familia	6
3.1. Principios constitucionales en relación con el Derecho de familia.	6
3.2. La legislación reformativa del Código Civil	7
3.3. Referencia a la legislación foral o especial	8
4. Naturaleza de las normas y caracteres del Derecho de familia	9
4.1. La imperatividad de las normas del Derecho de familia	9
4.2. El debate sobre la ubicación sistemática del Derecho de familia...	9
4.3. Los acuerdos familiares.....	10
4.4. El sentido ético del Derecho de familia.....	11
5. Los derechos subjetivos familiares: el concepto de potestad	12
6. Familia, grupos familiares y mediación familiar	12
Nota bibliográfica	14

PARTE SEGUNDA EL MATRIMONIO

CAPÍTULO 2 EL MATRIMONIO

1. El matrimonio.....	18
1.1. Heterosexualidad	18

	Pág.
1.2. Monogamia	19
1.3. Comunidad de vida y existencia.....	20
1.4. Estabilidad	20
1.5. Solemnidad: referencia a las uniones de hecho	20
2. El matrimonio homosexual: la Ley 13/2005	22
3. La naturaleza del matrimonio	23
3.1. La tesis contractual.....	23
3.2. El matrimonio como «negocio jurídico de Derecho de familia»	24
3.3. La institución matrimonial	25
4. Los sistemas matrimoniales.....	26
4.1. La idea de «sistema matrimonial»	26
4.2. Clasificación de los sistemas matrimoniales.....	27
A) Forma o formas matrimoniales.....	27
B) Igualdad o subsidiariedad.....	28
5. El sistema matrimonial español: referencias históricas	29
6. La Constitución de 1978 y el sistema matrimonial	31
7. Los esponsales o promesa de matrimonio	32
7.1. Terminología y concepto	32
7.2. Libertad matrimonial y esponsales.....	33
7.3. La obligación de resarcimiento de los gastos asumidos.....	34
Nota bibliográfica	35

CAPÍTULO 3 LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

1. Introducción	38
1.1. Elementos y formas del matrimonio	38
1.2. La Ley 35/1994, de 23 de diciembre: autorización del matrimonio civil por los Alcaldes	38
2. La aptitud matrimonial, en general	39
2.1. La edad	39
2.2. Condiciones de orden psíquico	40
2.3. La libertad de los contrayentes: la monogamia	40
3. Las prohibiciones matrimoniales	40
3.1. El parentesco consanguíneo y adoptivo	41
3.2. El parentesco por afinidad	41
3.3. El crimen	42
4. La dispensa de <i>impedimentos</i>	42
4.1. El crimen	42
4.2. La edad y el parentesco colateral.....	43
4.3. La eficacia retroactiva de la dispensa	43

	Pág.
5. El consentimiento matrimonial.....	43
5.1. La ausencia de consentimiento.....	44
5.2. Los vicios del consentimiento.....	45
6. Requisitos formales del matrimonio civil.....	45
6.1. El expediente matrimonial.....	45
6.2. Reglas de competencia.....	46
6.3. La celebración.....	46
7. La inscripción del matrimonio civil en el Registro Civil.....	47
7.1. Acta e inscripción.....	47
7.2. El valor de la inscripción.....	48
8. Formas matrimoniales especiales.....	49
8.1. El matrimonio por poder.....	49
8.2. El matrimonio en peligro de muerte.....	50
8.3. El matrimonio secreto.....	51
9. La celebración del matrimonio en forma religiosa.....	52
9.1. Introducción: la Iglesia Católica y otras confesiones religiosas.....	52
9.2. Los efectos civiles y la inscripción en el Registro Civil del matrimonio en forma religiosa.....	54
Nota bibliográfica.....	55

CAPÍTULO 4 LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO

1. Las relaciones conyugales.....	58
1.1. Las relaciones personales y patrimoniales.....	58
1.2. El principio de igualdad conyugal.....	58
2. Los deberes conyugales.....	59
2.1. La atención del interés familiar.....	59
2.2. El respeto debido al otro cónyuge.....	60
2.3. La ayuda y socorro mutuos.....	60
2.4. El deber de convivencia.....	61
2.5. La fidelidad conyugal.....	62
2.6. La corresponsabilidad doméstica.....	62
3. Otras cuestiones.....	63
3.1. Domicilio conyugal.....	63
3.2. Honores.....	64
3.3. Nacionalidad y vecindad.....	65
4. La capacidad patrimonial de los cónyuges.....	65
5. La contratación entre cónyuges.....	66
5.1. En general.....	66
5.2. Las donaciones entre cónyuges.....	67
Nota bibliográfica.....	67

PARTE TERCERA LAS CRISIS MATRIMONIALES

CAPÍTULO 5 LA NULIDAD DEL MATRIMONIO

1. Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio.....	72
2. La nulidad del matrimonio	72
3. Las causas de nulidad.....	73
3.1. Planteamiento general	73
3.2. El defecto de forma.....	74
3.3. La ausencia de consentimiento	74
3.4. La existencia de impedimentos	75
3.5. La convalidación	75
4. La acción de nulidad	76
5. El matrimonio putativo.....	76
5.1. Concepto y antecedentes	76
5.2. Presupuestos del matrimonio putativo.....	77
A) La buena fe.....	77
B) La apariencia matrimonial	78
C) La declaración de nulidad.....	78
5.3. Efectos del matrimonio putativo	78
6. Eficacia civil de la nulidad o ineficacia del matrimonio canónico.....	79
Nota bibliográfica	81

CAPÍTULO 6 LA SEPARACIÓN MATRIMONIAL

1. La separación matrimonial.....	84
2. La separación judicial	84
2.1. La separación por mutuo acuerdo	85
2.2. La iniciativa de uno solo de los cónyuges	86
3. La separación causal: las causas de separación conforme a la Ley 30/1981	87
3.1. La incursión en causa legal de separación	88
A) Violación de los deberes conyugales.....	88
B) Vulneración de los deberes paternos	88
C) La condena penal.....	88
D) Los trastornos de la conducta personal	88
3.2. El cese efectivo de la convivencia conyugal: la separación de hecho	89
4. La acción de separación	89

	Pág.
5. La reconciliación de los cónyuges	90
6. Los efectos de la separación.....	91
7. La separación de hecho.....	92
7.1. La separación de hecho provocada unilateralmente	93
7.2. La separación de hecho convencional	94
8. El deber de fidelidad y la separación	95
Nota bibliográfica	96

CAPÍTULO 7 LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO: EL DIVORCIO

1. La disolución del matrimonio.....	98
2. La muerte	98
3. La declaración de fallecimiento.....	99
3.1. El matrimonio del declarado fallecido	100
3.2. La reaparición del declarado fallecido	101
4. El divorcio.....	102
4.1. El establecimiento del divorcio	102
4.2. Características del divorcio en el sistema español.....	103
4.3. La solicitud de divorcio	104
5. El sistema causalista característico de la Ley 30/1981	104
5.1. La condena penal.....	105
5.2. El cese efectivo de la convivencia conyugal	105
5.3. El plazo anual.....	106
5.4. La falta de convivencia durante dos años	107
5.5. El plazo quinquenal	107
6. La acción de divorcio	108
7. El régimen procesal de la separación o divorcio de mutuo acuerdo en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.....	109
8. La sentencia y los efectos del divorcio	110
8.1. La sentencia de divorcio	110
8.2. Los efectos del divorcio	110
8.3. La reconciliación de los divorciados posterior a la sentencia.....	111
Nota bibliográfica	111

CAPÍTULO 8 EFECTOS COMUNES A LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

1. Introducción: autonomía privada y procesos judiciales	114
2. Medidas provisionales derivadas de la demanda de nulidad, separación o divorcio	115

	Pág.
2.1. Los efectos producidos por ministerio de la ley.....	116
2.2. Las medidas de carácter convencional o judicial	116
A) Medidas relativas a las relaciones paterno-filiales	117
B) Medidas relativas al uso de la vivienda familiar	117
C) Medidas relativas a las cargas del matrimonio.....	117
D) Medidas relativas al régimen económico-matrimonial	117
3. Las llamadas medidas provisionálísimas o previas.....	118
4. La sentencia y las medidas definitivas	120
5. El convenio regulador	120
5.1. Contenido: efectos respecto de los hijos y en relación con los bienes.	121
5.2. Acuerdos conyugales y aprobación judicial del convenio	121
5.3. Modificación del convenio	122
6. Medidas judiciales o «definitivas»	123
6.1. El «contenido» de las medidas judiciales	123
A) Medidas relativas a la patria potestad.....	124
B) Medidas relativas a los alimentos en favor de los hijos	125
C) Medidas referentes al derecho de visita	125
D) Medidas relacionadas con la sociedad de gananciales	125
E) Medidas sobre el uso de la vivienda y del origen familiar	126
6.2. Modificación de las medidas judiciales.....	126
7. La compensación en los casos de separación y divorcio.....	127
7.1. El artículo 97 del Código Civil: de la pensión a la compensación...	128
7.2. Irrelevancia de la culpabilidad.....	129
7.3. La fijación de la compensación.....	131
7.4. Actualización de la cuantía fijada	132
7.5. Sustitución de la pensión	132
7.6. Modificación de la pensión	133
7.7. Extinción de la pensión	133
8. La indemnización en caso de matrimonio putativo	134
Nota bibliográfica	134

PARTE CUARTA

LOS RÉGIMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

CAPÍTULO 9

EL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL

1. El régimen económico del matrimonio.....	140
2. Datos históricos y de Derecho comparado: los sistemas económico-matrimoniales	141
2.1. Los sistemas de separación	141
2.2. Los sistemas de comunidad	142

	Pág.
3. Reglas básicas del régimen económico-matrimonial en Derecho español.....	143
3.1. Ubicación normativa	143
3.2. La denominación de «régimen matrimonial primario»	143
4. La libertad de configuración del régimen económico-matrimonial	144
5. La igualdad conyugal	144
6. El levantamiento de las cargas del matrimonio	145
7. La potestad doméstica	145
8. La protección de la vivienda habitual	146
9. El ajuar conyugal.....	147
10. Las <i>litis expensas</i> o gastos de litigio	148
Nota bibliográfica	148

CAPÍTULO 10 LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

1. Las capitulaciones matrimoniales.....	152
1.1. Noción inicial.....	152
1.2. La naturaleza contractual de las capitulaciones.....	152
2. El contenido de las capitulaciones	153
2.1. Contenido típico.....	153
2.2. Contenido atípico.....	154
2.3. La eventual inexistencia del contenido típico	154
2.4. La prohibición de estipulaciones ilícitas	155
3. El momento temporal del otorgamiento.....	155
3.1. La redacción originaria del Código: la inmutabilidad del régimen económico del matrimonio	155
3.2. Régimen vigente: la mutabilidad del régimen económico del matrimonio	155
4. Los requisitos de capacidad.....	156
4.1. Los otorgantes de las capitulaciones	156
4.2. Los menores no emancipados.....	157
4.3. Los incapacitados	158
5. La forma de las capitulaciones	158
6. La modificación del régimen económico-matrimonial constante matrimonio	159
6.1. La modificación de las capitulaciones preexistentes.....	160
6.2. El otorgamiento de capitulaciones y el cambio del régimen económico-matrimonial.....	160
6.3. La protección de los terceros	160

	Pág.
7. La publicidad de las capitulaciones	161
7.1. El Registro Civil	161
7.2. El Registro de la Propiedad.....	162
7.3. El Registro Mercantil	162
8. La ineficacia de las capitulaciones matrimoniales	162
8.1. La invalidez de las capitulaciones.....	162
8.2. La ineficacia en sentido estricto	163
Nota bibliográfica	164

CAPÍTULO 11

LAS DONACIONES POR RAZÓN DE MATRIMONIO

1. Las donaciones por razón de matrimonio	166
1.1. Introducción.....	166
1.2. La sistematización del Código Civil.....	166
2. Concepto	167
3. Régimen jurídico	168
3.1. Las reglas relativas a la capacidad.....	168
3.2. La aceptación de las donaciones por razón de matrimonio.....	168
3.3. La forma	168
3.4. La obligación de saneamiento.....	169
4. Donación de bienes presentes y de bienes futuros	169
5. La falta de celebración del matrimonio: ineficacia de las donaciones por razón de matrimonio.....	169
6. La revocación de las donaciones por razón de matrimonio	170
6.1. Las donaciones realizadas por los esposos.....	171
6.2. Las donaciones hechas por terceros	171
7. Referencia a las donaciones interconyugales constante matrimonio	172
Nota bibliográfica	173

CAPÍTULO 12

LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

1. La sociedad de gananciales	176
1.1. Concepto.....	176
1.2. Denominación y naturaleza jurídica	176
1.3. Nacimiento de la sociedad de gananciales	178
2. El activo de la sociedad de gananciales.....	178
2.1. La sistemática del Código.....	178
2.2. La presunción de ganancialidad y la confesión de privatividad	179
2.3. La atribución de ganancialidad	180

	Pág.
3. El elenco de los bienes privativos	181
4. El elenco de los bienes gananciales	183
5. Reglas particulares sobre el carácter privativo o ganancial de los bienes...	184
5.1. Los créditos aplazados.....	184
5.2. Los derechos de pensión y usufructo.....	184
5.3. Las cabezas de ganado.....	184
5.4. Ganancias procedentes del juego	184
5.5. Acciones y participaciones sociales	184
5.6. Donaciones o atribuciones sucesorias en favor de ambos cón- yuges	185
5.7. Adquisiciones mixtas	185
5.8. Bienes adquiridos mediante precio aplazado	186
5.9. Mejoras e incrementos patrimoniales	186
6. La obligación de reembolso	187
Nota bibliográfica	187

CAPÍTULO 13

LA GESTIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

1. Introducción	190
2. La gestión conjunta	190
2.1. Administración y disposición: el principio de actuación conjunta...	191
2.2. Actos de administración o de disposición a título oneroso	191
2.3. Actos de disposición a título gratuito	192
2.4. El deber de información	192
2.5. La autorización judicial supletoria	193
3. La gestión individual pactada convencionalmente	193
4. Los supuestos legales de actuación individual	194
4.1. La potestad doméstica	195
4.2. La disposición de los frutos de los bienes privativos	195
4.3. El anticipo de numerario ganancial	196
4.4. Bienes y derechos a nombre de uno de los cónyuges	196
4.5. La defensa del patrimonio ganancial.....	197
4.6. Los gastos urgentes.....	197
5. Los actos individuales de carácter lesivo o fraudulento.....	198
6. La transferencia de la gestión a un solo consorte	199
6.1. Transferencia <i>ope legis</i> : la representación legal del consorte	200
6.2. La transferencia judicial.....	200
6.3. Las facultades del cónyuge administrador	201
7. La disposición testamentaria de los gananciales	202
8. Administración y disposición de los bienes propios	203
Nota bibliográfica	203

CAPÍTULO 14

CARGAS Y RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES GANANCIALES

1. Introducción	206
1.1. Consideraciones sistemáticas.....	206
1.2. La carencia de personalidad de la sociedad de gananciales.....	206
2. Las cargas de la sociedad de gananciales	207
2.1. El elenco del artículo 1.362	207
2.2. Las donaciones de común acuerdo.....	208
2.3. Obligaciones extracontractuales de uno de los cónyuges.....	208
2.4. Las deudas de juego pagadas constante matrimonio	208
3. La responsabilidad de los bienes gananciales.....	208
4. Deudas comunes contraídas por ambos cónyuges	209
5. Deudas comunes contraídas por uno solo de los cónyuges	209
5.1. Ejercicio de la potestad doméstica o actuación individual	210
5.2. Actividad profesional o gastos de administración del patrimonio de cualquiera de los cónyuges.....	210
5.3. Régimen propio de comerciantes y empresarios	211
5.4. Atención de los hijos en caso de separación de hecho	211
5.5. Adquisiciones por uno de los cónyuges de bienes gananciales mediante precio aplazado.....	212
6. Las deudas propias de cada uno de los cónyuges.....	213
6.1. La noción de deuda propia.....	213
6.2. La responsabilidad por las deudas propias	214
6.3. El embargo de bienes gananciales	214
7. Reintegros interconyugales.....	215
Nota bibliográfica	215

CAPÍTULO 15

DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

1. La disolución de la sociedad de gananciales.....	218
2. La disolución de pleno derecho	218
2.1. La disolución del matrimonio	218
2.2. La nulidad matrimonial.....	219
2.3. La separación matrimonial	219
2.4. La modificación del régimen económico-matrimonial	219
3. La disolución judicial	220
4. Las operaciones de liquidación	221
4.1. El inventario y avalúo de los bienes.....	221
4.2. La liquidación: el pago de las deudas	222

	Pág.
A) Las denominadas deudas alimenticias.....	222
B) La protección de los acreedores de la sociedad de gananciales.....	223
C) Los reintegros en favor de los cónyuges.....	224
4.3. La división y adjudicación de los gananciales	225
5. La liquidación de varias sociedades de gananciales.....	226
6. La comunidad postmatrimonial o postganancial	227
6.1. Descripción del fenómeno.....	227
6.2. Naturaleza jurídica	228
6.3. Régimen normativo básico.....	229
7. La liquidación del régimen económico matrimonial en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.....	230
Nota bibliográfica	231

CAPÍTULO 16 EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

1. El régimen de separación de bienes	234
2. Origen convencional e incidental del régimen de separación de bienes ...	235
2.1. El régimen de separación de bienes convencional	235
2.2. El régimen de separación de bienes incidental.....	235
3. La titularidad de los bienes	236
3.1. Inexistencia de masa conyugal.....	236
3.2. La eventualidad de la copropiedad ordinaria	236
3.3. La declaración de quiebra o concurso de uno de los cónyuges	237
4. Reglas de administración y disposición	238
5. El sostenimiento de las cargas del matrimonio	239
5.1. La contribución al sostenimiento de las cargas del matrimonio	239
5.2. La valoración del trabajo doméstico.....	240
6. La responsabilidad por deudas	241
6.1. Las deudas propias de uno de los cónyuges.....	241
6.2. Las deudas asumidas en virtud de la potestad doméstica.....	241
Nota bibliográfica	241

CAPÍTULO 17 OTROS REGÍMENES ECONÓMICOS DEL MATRIMONIO

1. El régimen de participación.....	244
1.1. Ubicación sistemática y características básicas.....	244
1.2. Origen y significado.....	244
2. Vigencia del régimen de participación	245

	Pág.
2.1. Aplicación supletoria de las normas de separación de bienes	245
2.2. Régimen de administración y disposición	246
2.3. Adquisición de bienes bajo comunidad ordinaria	246
2.4. La defensa de las expectativas patrimoniales del otro cónyuge.....	246
3. Extinción del régimen de participación	247
4. La liquidación del régimen de participación	248
4.1. El patrimonio inicial.....	248
4.2. El patrimonio final	249
4.3. Las reglas procesales	250
5. La participación en las ganancias	250
5.1. Incrementos de ambos patrimonios	250
5.2. Incremento de uno solo de los patrimonios.....	251
5.3. Participación por mitad y por cuota distinta	251
5.4. El crédito de participación	252
6. Referencia a los regímenes económico-matrimoniales en los Derechos forales o especiales	252
Nota bibliográfica	254

PARTE QUINTA EL PARENTESCO Y LA FILIACIÓN

CAPÍTULO 18 LAS RELACIONES PARENTALES Y PATERNO-FILIALES

1. La familia y el parentesco	258
2. Modalidades de la relación parental	258
2.1. El parentesco por consanguinidad	258
2.2. El parentesco adoptivo	258
2.3. El parentesco por afinidad	259
3. El cómputo del parentesco	260
3.1. Las líneas y los grados de parentesco	261
3.2. El cómputo de las líneas.....	261
3.3. El cómputo en el parentesco por afinidad	262
4. La relación paterno-filial.....	262
4.1. Consideraciones generales sobre la filiación: apunte histórico	264
4.2. La Constitución de 1978 y el principio de igualdad entre los hijos.	265
4.3. Las clases de filiación en la actualidad.....	265
5. Contenido básico de la relación paterno-filial	266
6. Los efectos de la filiación: los apellidos	267
6.1. Los apellidos conforme a la Ley 11/1981.....	267
6.2. La Ley 40/1999, reguladora de los apellidos y su orden	269
6.3. El cambio de apellidos en los supuestos de violencia de género	269
Nota bibliográfica	270

CAPÍTULO 19 LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

1. La filiación matrimonial	272
2. Las normas y presunciones relativas a la filiación matrimonial	272
2.1. La presunción de paternidad y la eventual concepción prematrimonial del hijo	272
2.2. El supuesto del artículo 118: la inexistencia de presunción de paternidad	274
2.3. La filiación matrimonial del hijo nacido con anterioridad al matrimonio	274
3. La determinación de la filiación extramatrimonial	275
4. El reconocimiento de la filiación extramatrimonial	276
4.1. Concepto y naturaleza: el reconocimiento como acto jurídico	276
4.2. Características del acto de reconocimiento	276
A) Voluntariedad	277
B) Irrevocabilidad	277
C) Solemnidad	277
D) Carácter personalísimo	277
E) Acto expreso e incondicional	277
4.3. Sujeto activo: el progenitor	277
4.4. Hijos susceptibles de reconocimiento	278
A) Hijo menor de edad o incapaz	278
B) Hijo mayor de edad	279
C) Hijo incestuoso	279
D) Hijo fallecido	280
E) El reconocimiento del <i>nasciturus</i>	280
4.5. Las formas de reconocimiento	280
5. Los restantes medios de determinación de la filiación extramatrimonial	281
5.1. El llamado expediente gubernativo	281
5.2. La determinación de la filiación extramatrimonial por sentencia firme	282
5.3. La determinación de la maternidad extramatrimonial	282
Nota bibliográfica	283

CAPÍTULO 20 LAS ACCIONES DE FILIACIÓN

1. Las acciones de filiación en general	286
1.1. Introducción: la reforma de 1981	286
1.2. La reforma del Código Civil por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000	286

	Pág.
1.3. La búsqueda de la verdad biológica: las pruebas de paternidad y maternidad	287
1.4. El principio de prueba en la demanda	288
1.5. Las restantes disposiciones generales en la materia.....	290
2. Las acciones de reclamación	290
2.1. La posesión de estado de filiación matrimonial o filiación extra-matrimonial.....	291
2.2. La reclamación de la filiación matrimonial sin posesión de es-tado	292
2.3. La acción de reclamación de filiación no matrimonial sin posesión de estado.....	292
3. La reclamación con impugnación de la filiación contradictoria	292
4. Las acciones de impugnación	293
4.1. La impugnación de la paternidad	293
A) La legitimación del marido	294
B) La legitimación de los herederos del marido.....	295
C) La legitimación del hijo.....	295
4.2. La impugnación de la maternidad	296
4.3. La impugnación de la filiación extramatrimonial	296
5. La impugnación del reconocimiento por vicio del consentimiento	297
Nota bibliográfica	298

CAPÍTULO 21 LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

1. Introducción	300
2. La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Reproducción Asistida Humana.	301
3. La Ley 42/1988, de 28 de diciembre	302
4. La Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida	303
5. La inseminación artificial homóloga.....	304
5.1. La inseminación artificial homóloga en caso de matrimonio.....	304
5.2. La inseminación artificial homóloga en caso de convivencia <i>more uxorio</i>	305
6. La inseminación artificial heteróloga.....	305
6.1. La inseminación artificial heteróloga en caso de matrimonio.....	305
6.2. La inseminación artificial heteróloga en caso de convivencia <i>more uxorio</i>	305
6.3. El anonimato del donante	306
7. La fecundación asistida en los supuestos de inexistencia de pareja	307
7.1. La inseminación artificial de la mujer carente de pareja	307
7.2. Las parejas de mujeres	308

	Pág.
7.3. La exclusión del varón carente de pareja del recurso a las técnicas de reproducción asistida	309
8. La fecundación <i>post mortem</i>	309
9. La fecundación <i>in vitro</i>	310
9.1. La maternidad subrogada: las llamadas «madres de alquiler»	310
9.2. El rechazo legal de la maternidad subrogada	311
Nota bibliográfica	312

CAPÍTULO 22 LA ADOPCIÓN

1. La adopción	316
1.1. Apunte histórico.....	316
1.2. El régimen jurídico de la adopción en las sucesivas reformas legislativas	317
1.3. Los criterios normativos actualmente imperantes: la Ley 21/1987 ...	318
1.4. La adopción internacional: la Ley 54/2007	318
2. Presupuestos o requisitos de la adopción	319
2.1. Requisitos de los adoptantes	319
2.2. El adoptado	320
2.3. Las prohibiciones.....	320
3. El procedimiento de adopción	321
3.1. La propuesta de la entidad pública.....	321
3.2. La solicitud privada de adopción	322
3.3. El proceso de jurisdicción voluntaria	322
A) Consentimiento para la adopción.....	323
B) El asentimiento.....	323
C) La audiencia.....	324
3.4. La constitución de la adopción	324
4. Irrevocabilidad de la adopción	325
5. Efectos de la adopción	326
5.1. Relaciones entre adoptante y adoptado.....	326
5.2. El adoptado y su familia de origen	327
6. La adopción internacional	327
Nota bibliográfica	328

CAPÍTULO 23 LA PATRIA POTESTAD

1. Concepto y fundamento	332
2. Los sujetos de la patria potestad.....	333

	Pág.
2.1. Los hijos no emancipados	333
2.2. La patria potestad conjunta: titularidad y ejercicio de la patria potestad.....	333
2.3. El ejercicio coyuntural de la patria potestad por uno de los progenitores	338
2.4. La atribución del ejercicio exclusivo de la patria potestad	335
3. Contenido personal de la patria potestad	335
3.1. La obediencia filial.....	335
3.2. Los deberes paternos	336
3.3. La abrogación de la facultad de corrección por la Ley 54/2007.....	337
4. La potestad de representación	338
4.1. La representación legal.....	338
4.2. El conflicto de intereses: el defensor judicial.....	339
5. Contenido patrimonial de la patria potestad	339
5.1. La administración de los bienes filiales.....	340
5.2. Bienes filiales excluidos de la administración de los progenitores.....	341
5.3. Los frutos de los bienes filiales	341
5.4. El control judicial de los actos de naturaleza dispositiva	342
5.5. Los actos ilícitos de los hijos: la responsabilidad civil de los padres	342
6. Extinción y situaciones anómalas de la patria potestad	343
6.1. Extinción de la patria potestad	343
6.2. Emancipación, mayoría de edad y patria potestad prorrogada.....	343
A) La patria potestad prorrogada propiamente dicha	343
B) La patria potestad rehabilitada	344
6.3. La privación de la patria potestad	344
6.4. La recuperación de la patria potestad	345
Nota bibliográfica	345

CAPÍTULO 24

LOS ALIMENTOS ENTRE PARIENTES

1. Introducción: los alimentos entre parientes	348
1.1. Sede sistemática y consideraciones previas	348
1.2. Fundamento y vigencia actual: solidaridad familiar y política asistencial	349
2. Naturaleza y caracteres	350
3. Los alimentistas y las personas obligadas al pago o alimentantes	351
3.1. Los alimentantes u obligados al pago: orden de prelación	351
3.2. Pluralidad de obligados: el carácter mancomunado de la deuda alimenticia	352
4. El nacimiento del derecho a los alimentos	353
5. El contenido de la obligación alimenticia	353

	Pág.
5.1. Los alimentos amplios	354
5.2. Los alimentos estrictos	354
6. Determinación de la prestación alimenticia	355
6.1. Los criterios de determinación	355
6.2. Las formas de la prestación.....	355
6.3. La fijación de la pensión.....	356
7. La modificación de la pensión	356
8. La extinción de la obligación alimenticia	358
8.1. La muerte de los interesados.....	358
8.2. La variación de las circunstancias patrimoniales.....	358
8.3. La mala conducta del alimentista	359
9. Otras obligaciones alimenticias	359
10. El Fondo de Garantía del Pago de Alimentos	360
Nota bibliográfica	361

PARTE SEXTA LAS INSTITUCIONES TUTELARES

CAPÍTULO 25 LAS INSTITUCIONES TUTELARES

1. Introducción	366
1.1. La redacción originaria del Código Civil.....	366
1.2. La Ley 13/1983 y la nueva redacción del Código Civil.....	366
2. Las instituciones tutelares, en general	367
3. La tutela	369
3.1. Concepto y fundamento	369
3.2. La constitución de la tutela	370
4. El nombramiento del tutor	371
4.1. El orden de preferencia en el caso de tutor individual.....	371
4.2. Los supuestos de tutela conjunta o plural.....	372
4.3. Requisitos exigidos al tutor: las causas de inhabilidad	374
4.4. La excusa de desempeño del cargo	375
5. Funciones y obligaciones del tutor durante el ejercicio de la tutela	376
5.1. Las obligaciones de inventario y fianza.....	376
5.2. El contenido personal de la relación entre tutor y tutelado.....	377
5.3. La representación del tutor y los actos patrimoniales sometidos a autorización judicial.....	377
5.4. La remuneración del tutor	378
6. Remoción del tutor y extinción de la tutela	379
6.1. La remoción del tutor	380
6.2. La extinción de la tutela	380
6.3. La rendición de cuentas y la responsabilidad del tutor	381

	<u>Pág.</u>
7. La curatela	382
8. El defensor judicial.....	383
9. Guarda y acogimiento de menores	384
9.1. La situación de desamparo.....	384
A) La guarda del menor	385
B) La denominada tutela automática	385
9.2. El acogimiento de menores	385
9.3. Los tipos de acogimiento familiar	386
9.4. Régimen básico del acogimiento	386
9.5. La guarda de hecho.....	388
10. La administración del patrimonio de la persona con discapacidad.....	389
Nota bibliográfica	390

PRÓLOGO A LA OCTAVA EDICIÓN

Una vez más, presentamos la edición actualizada de esta obra, atendiendo sobre todo a favorecer la docencia y el estudio de la asignatura, tanto por parte de todos aquellos colegas con cuya confianza contamos, cuanto de los numerosos estudiantes de toda España, pertenezcan o no a la UNED, que igualmente le otorgan una favorable consideración, sobre todo desde el punto de vista pedagógico.

En esta ocasión, actualización jurisprudencial aparte, la nueva edición ha venido determinada por el absoluto agotamiento de los ejemplares de la octava edición, de 2008, en la que ya introdujimos los retoques y complementos exigidos por las Leyes 3/2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, y 54/2007, de adopción internacional. Ahora, atendiendo algunas sugerencias recibidas, hemos considerado oportuno introducir un nuevo subepígrafe centrado en esta última Ley, en el capítulo dedicado a la adopción.

De otro lado, atendiendo al interés general que empieza a despertar la materia, hemos incorporado también un nuevo epígrafe relativo a la mediación familiar en el primer capítulo de la obra, dada de una parte la pléyade de leyes autonómicas relativas al tema, cerrada por ahora con la Ley andaluza 1/2009, de 27 de febrero, y, de otra, el mandato vinculante sobre un proyecto de ley estatal establecido en la disposición final tercera de la Ley 13/2005 que, por ahora, ha sido absolutamente preterido por el Gobierno.

Una vez más, también deseamos presentar nuestras excusas por la utilización de dos tipos de letra, una de ellas más pequeña, que a veces se aplica a epígrafes y a capítulos enteros, y que naturalmente viene impuesta por la diversidad de planes de estudio y duración del período lectivo de las asignaturas, imperantes hoy en nuestra enseñanza universitaria. A nuestro entender, el libro debe leerse y aprehenderse entero por parte de sus usuarios naturales, aunque ciertamente no todo haya que memorizarlo, sobre todo en los casos en los que la duración de la asignatura sea cuatrimestral. De ahí la utilización de dos tipos de letra.

En esta edición, de nuevo, el libro se completa con un anexo de carácter práctico, distribuido en adelante de manera separada, dada la existencia de créditos especiales de tal naturaleza en la generalidad de los nuevos planes

de estudio. Hacía tiempo que deseaba afrontar el reto de que los estudiantes que nos honran con su confianza pudieran identificar los materiales y los documentos propios del mundo del Derecho de manera paralela al seguimiento del programa de Derecho civil. Por ello, humilde pero comprometidamente completamos este volumen con un opúsculo llamado Prácticum de Derecho de familia y sucesiones, que espero resulte de utilidad y sobre cuyo contenido desearía igualmente recibir observaciones y sugerencias. Hasta ahora, al parecer, tras algunas dudas iniciales, ha sido acogido muy favorablemente por sus usuarios.

Madrid, julio de 2009

Carlos LASARTE

Facultad de Derecho/UNED
Apartado 60.140
28040-Madrid
clasarte@der.uned.es

CAPÍTULO 1

EL DERECHO DE FAMILIA

SUMARIO

- 1. La familia y el parentesco en general.**
- 2. El Derecho de familia.**
- 3. Modernas orientaciones del Derecho de familia.**
 - 3.1. Principios constitucionales en relación con el Derecho de familia.
 - 3.2. La legislación reformativa del Código Civil.
 - 3.3. Referencia a la legislación foral o especial.
- 4. Naturaleza de las normas y caracteres del Derecho de familia.**
 - 4.1. La imperatividad de las normas del Derecho de familia.
 - 4.2. El debate sobre la ubicación sistemática del Derecho de familia.
 - 4.3. Los acuerdos familiares.
 - 4.4. El sentido ético del Derecho de familia.
- 5. Los derechos subjetivos familiares: el concepto de potestad.**
- 6. Familia, grupos familiares y mediación familiar.**

Nota bibliográfica.

1. LA FAMILIA Y EL PARENTESCO EN GENERAL

El presente tomo de la obra está íntegramente dedicado al «Derecho de familia» y, por tanto, parece obligado decir unas palabras sobre el objeto material de la regulación de dicho sector sistemático antes de comenzar a desarrollarlo: la familia. No obstante, tanto dicha temática como cualesquiera otros puntos del presente capítulo serán considerados con extrema brevedad, pues las exigencias pedagógicas desaconsejan que los capítulos introductorios se conviertan en largas exposiciones que provoquen el desaliento del lector, sobre todo en el caso de que éste todavía no haya alcanzado un conocimiento institucional mínimo de la materia considerada. Por tanto, si gusta, puede posponer la lectura meditada del presente capítulo al momento en que haya realizado una primera lectura del conjunto del tomo.

El grupo familiar, más o menos amplio y autosuficiente, constituye sin duda un dato prenормativo, pues las personas y sus descendientes no requirieron en ningún momento la estructuración previa del Derecho de familia para constituir, en efecto, un grupo social al que tradicionalmente se le ha dado el nombre de familia.

Siendo un *prius* respecto del Derecho, ni que decir tiene que la familia es ante todo una institución social que, en cuanto objeto de la regulación jurídica, deviene institución asimismo jurídica.

Durante siglos, la familia como institución social ha sido una agrupación de personas conectadas por vínculos conyugales y de parentesco u otras circunstancias (adopción, prohijamiento, relación de servidumbre o vasallaje, etcétera), que son de todo punto de vista obvios, pero que, a su vez, dependen de consideraciones sociológicas, éticas, morales, históricas, etcétera, que determinan la aceptación social de esquemas familiares muy variados.

Se decía, por ejemplo, en algún pasaje de uno de los cuerpos legales básicos de nuestro Derecho histórico, las Partidas, que formaban parte de la familia *el señor de ella e su mujer e todos los que biuen so él, sobre quien ha mandamiento: assí como los fijos y los sirvientes e los otros criados* (7, 33, 6). Probablemente semejante descripción del grupo familiar respondiera, de forma estrecha y certera, a la realidad sociológica del momento histórico en el que la norma fue dictada y, además, es seguro que su vigencia no supuso revoluciones ciudadanas, ni rebeldía frente a la Ley, ni siquiera su desuso.

Semejante estructura patriarcal y extensa de la familia sorprendería hoy a cualquiera a quien se le pretendiera imponer (aunque fuera al *paterfamilias* calificado como *señor*) y, desde luego, provocaría el inmediato rechazo social, pues la familia contemporánea se asienta, en términos reales, en parámetros muy diversos a los vigentes en los siglos medievales. En particular, la idea contemporánea de familia exige la existencia de vínculos conyugales, generalmente entre hombre y mujer, o una relación de parentesco, sin las cuales —aunque se conviva bajo el mismo techo— difícilmente puede atribuirse a los miembros de cualquier grupo la condición de familiares.

Podría pensarse que lo apenas dicho responde a una presentación absolutamente engañosa, parcial e interesada del tema, dado que el punto de partida adoptado supone sentar la premisa de tipos familiares distintos... sencillamente por el transcurso del buen número de siglos que media entre las Partidas y los tiempos actuales. Ciertamente así puede ser; pero en seguida podremos contrastar cómo la evolución de la idea de familia y de parentesco no requiere siempre tantos siglos para alterar el *status quo* de pautas aceptadas o impuestas por las modas, la política, la religión o, sencillamente, la Ley.

Hasta 1978/1981, los llamados hijos ilegítimos no formaban parte de la familia de quien o quienes los habían procreado, porque así venía impuesto por consideraciones sociales y jurídicas formuladas con anterioridad. Bastó que el artículo 39.2 de la Constitución de 1978 consagrara la absoluta igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales para que el entero sistema del Código Civil relativo a la filiación hubiera de ser reformado por la Ley 11/1981, resultando un nuevo rumbo para la consideración de la familia respecto de los hijos ilegítimos.

Por tanto, la idea de familia es tributaria en cada momento histórico de una serie de condicionamientos sociales y se resiste a ser encajonada en una noción concreta que no se plantee con grandes dosis de generalización e imprecisión. Por ello, no existe precepto alguno en la Constitución ni en la legislación ordinaria en el que, de forma precisa, se establezca con carácter general *qué es* una familia o *cómo deben ser* las familias. Tan familia es el grupo compuesto por los padres y doce hijos, cuanto una viuda y un hijo, o una madre separada que ostenta el ejercicio de la patria potestad sobre sus dos niñas pequeñas, etcétera, aunque a efectos de una norma jurídica concreta (de impuesto sobre la renta de las personas físicas o de declaración de familia numerosa) se establezcan condiciones y requisitos absolutamente precisos y concretos.

Para el contraste entre la familia tribal y la familia nuclear (compuesta por los progenitores y sus hijos) o para la delimitación de la familia monoparental (un solo progenitor) y conceptos de índole semejante, es evidente que hemos de remitir a la Sociología, pues el Derecho carece de pautas al respecto.

2. EL DERECHO DE FAMILIA

Al Derecho le interesa, sin embargo y, por cierto, mucho, la familia, por evidentes razones de organización social y de tutela de las personas necesitadas de protección (con carácter general, los menores de edad o los discapacitados), cuya atención ha de procurarse mediante mecanismos sustitutivos si la familia no existe o no resulta suficiente para ello.

La idea de solidaridad y de socorro mutuo entre los cónyuges y los miembros de la familia, en efecto, soluciona de hecho no pocas de las tensiones sociales existentes, de las que, por tanto, la estructura política y administrativa puede desentenderse de plano.

Pero, claro está, la convivencia familiar y los innumerables trances existentes entre los miembros de cualquier familia pueden originar simultánea-

mente numerosos conflictos que requieren una regla de mediación jurídica a la que el Estado no puede responder con la técnica del avestruz, metiendo la cabeza en un agujero.

El conjunto de reglas de intermediación y organización familiar de carácter estructural se denomina Derecho de familia y, como iremos analizando paulatinamente en los sucesivos capítulos, comprende básicamente los siguientes aspectos:

- La regulación del matrimonio y de sus posibles situaciones de crisis.
- Las relaciones existentes entre padres (o progenitores) e hijos.
- Las instituciones tutelares en función sustitutiva de la patria potestad.

3. MODERNAS ORIENTACIONES DEL DERECHO DE FAMILIA

Evidentemente, de los diversos sectores del Derecho civil, es el Derecho de familia el que se ha visto sometido en tiempos contemporáneos a reformas más profundas. Cualquier observador, aunque sea lego en Derecho, tiene conocimiento de la gran cantidad de innovaciones legislativas de que el Derecho de familia ha sido objeto en los últimos años y del sentido básico de tales reformas.

El fenómeno es particularmente ostensible en nuestro país, como consecuencia de dos factores fundamentales desde el punto de vista técnico:

1. La conservación, prácticamente hasta *ayer*, de la redacción originaria del Código Civil de 1889, inspirado en criterios propios del momento codificador, que podríamos resumir recordando el carácter patriarcal de la familia, la sumisión de la mujer a la autoridad del marido y la radical discriminación entre los hijos legítimos e ilegítimos.
2. La aprobación y promulgación de la Constitución de 1978, que, dando por aceptadas innegables conquistas sociológicas, consagra principios relativos a la dinámica familiar absolutamente contradictorios con los inspiradores de los Códigos decimonónicos.

3.1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE FAMILIA

Aunque resulta imposible detenerse ahora en desarrollar los diversos extremos que plantea tal materia, habrán de indicarse al menos cuáles son los principios familiares básicos conforme a la vigente Constitución, adelantando algunas ideas que, en su lugar correspondiente, serán objeto de análisis más detenido:

1. La Constitución establece la absoluta igualdad entre hombre y mujer respecto del matrimonio (art. 32.1).
2. Al declarar la aconfesionalidad estatal (art. 16.3), presupone la Constitución la recuperación del poder civil en la regulación del matrimonio, lo que implícitamente supone delegar en el legislador ordinario la posibilidad de existencia del divorcio.
3. Establece asimismo la Constitución, como ya hemos avanzado, la absoluta igualdad ante la ley de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales y los consiguientes deberes de los padres en cualquiera de ambos casos (art. 39.2 y 3).