

Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga

Incluye



Papel

Digital

EL MATRIMONIO Y LOS NUEVOS MODELOS DE FAMILIA

[BOSCH]

[BOSCH]

Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga

EL MATRIMONIO Y LOS NUEVOS MODELOS DE FAMILIA

© Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, 2019

© Wolters Kluwer España, S. A.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.com

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: enero 2019

Depósito Legal: M-2289-2019

ISBN versión impresa: 978-84-9090-352-0

ISBN versión electrónica: 978-84-9090-353-7

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S. A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

siempre que tengan dependencia —física, moral o económica— y que estén a su cargo —también de forma económica, moral o física—. Parece que, en el caso de los parientes, debe concretarse respecto de aquellos que tienen derecho de alimentos respecto de los esposos o de uno de ellos, ampliándose en este último caso la obligación de prestarlo al otro esposo.

Cabe plantearse si, al amparo de este precepto, quienes ostenten un derecho alimenticio respecto de uno de los cónyuges —por ejemplo, uno de sus padres— podría demandar a los dos esposos, considerando que el deber de compartir el cuidado y la atención —no sólo personal, sino económica— con el obligado, le convierte a su vez en deudor de los alimentos.

4. Sanciones al incumplimiento de deberes y obligaciones

Ya hemos señalado que el incumplimiento de deberes y obligaciones carece de sanción o efectos, especialmente desde que, con la reforma de la Ley 15/2005, ha desaparecido totalmente la necesidad de causa para la separación y el divorcio, salvo la posibilidad de desheredar al cónyuge que haya incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales (art. 855 CC).

No obstante, el incumplimiento de ciertos deberes conyugales está sancionado penalmente. Así, «el que dejare de prestar la asistencia necesaria, legalmente establecida para el sustento de su cónyuge, que se halle necesitado, será castigado con la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana» (art. 226 CP). El núm. 1 del art. 227 CP castiga con la misma pena al «que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge [...] establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio...»; y en el núm. 2 se establece que «con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior». Todo ello, con independencia de las sanciones penales que tiene la conducta con los hijos, de lo que tratamos en su lugar adecuado.

III. EFECTOS DEL MATRIMONIO

No nos referimos, naturalmente, a los efectos administrativos, laborales, fiscales o en relación con la seguridad social, cuyo ámbito excede del propósito de esta obra; sino a los que guardan relación con los Derechos civil, penal y procesal.

1. En el orden puramente conyugal

1.1. La presunción de convivencia

Establece el art. 67 CC la obligación que tienen los esposos de vivir juntos, para proclamar a continuación (art. 69 CC), que se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges lo hacen.

1.2. El domicilio conyugal

Natural consecuencia de estas presunción y obligación de convivencia es la existencia de, al menos, un domicilio conyugal. Sobre este tema y su distinción del domicilio familiar, así como de los pormenores de ambos, he tratado anteriormente.

No obstante, en este lugar, al pasar revista a los efectos del matrimonio, parece ineludible mencionar el imperativo del art. 70 CC que obliga a los cónyuges a fijar de común acuerdo el domicilio conyugal.

A) Denominaciones

Como suele ser habitual, nuestros textos legales utilizan diferentes expresiones para referirse a la misma cosa, lo cual, en ocasiones, puede producir confusiones. En cuanto al domicilio del matrimonio, utiliza las siguientes denominaciones:

- 1.º «*Domicilio conyugal*». Lo hace al referirse:
 - a) A la fijación del mismo por los cónyuges o por el Juez (art. 70 CC).
 - b) Al incumplimiento por parte de uno de los esposos del deber de convivencia (art. 105 CC).
 - c) Al determinarse la jurisdicción y competencia en los procesos matrimoniales (art. 769.1 LEC).
- 2.º «*Domicilio común de los cónyuges*». Se usa este término al establecer la competencia territorial en el proceso de mutuo acuerdo (art. 769.2 LEC).
- 3.º «*Domicilio del matrimonio*». A él se refiere el art. 769.1 LEC²⁵¹ al determinar la competencia en los procesos de separación y divorcio también de mutuo acuerdo.
- 4.º «*Mismo domicilio*». Se pronunciaba en esos términos el derogado art. 87 CC, cuando se declaraba la compatibilidad de la vida en común con el cese efectivo de la convivencia²⁵².
- 5.º «*Residencia habitual del matrimonio*». En las normas de Derecho Internacional Privado (art. 107 CC) se menciona la residencia habitual del matrimonio, aunque en realidad la utilización del término «residencia» pone de manifiesto que no se trata de domicilio, sino de un lugar de estancia menos permanente.

251. Curiosamente, el art. 769 LEC en sede de procesos matrimoniales y de menores, al establecer la competencia territorial de los Juzgados de Primera Instancia, en su número 1 se refiere a todos los procesos —contenciosos y de mutuo acuerdo— y, para el caso de que los cónyuges residan en distintos partidos judiciales, lo hace a favor, entre el último del matrimonio o el de residencia del demandado, del que elija el demandante, o de «los cónyuges que soliciten la separación o el divorcio de mutuo acuerdo». Sin embargo, olvidando que ya existe un criterio competencial para el proceso de mutuo acuerdo, dedica a este procedimiento el número 2: «en el procedimiento de separación o nulidad de mutuo acuerdo a que se refiere el art. 777 [el mismo anterior] será competente el Juez del último domicilio común o el de cualquiera de los solicitantes».

252. A esta compatibilidad dedicamos un amplio comentario al tratar de la separación conyugal y el divorcio.

B) Fijación

El art. 70 CC determina con carácter imperativo que los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal. Esta fijación no es preciso que se haga de una forma solemne, ni incluso sujeta a formalidad alguna, pudiendo deducirse de sus actos, tales como la instalación del hogar²⁵³, con un elemento espiritual de afectación a la necesidad de un lugar donde vivir. En caso de discrepancia entre los cónyuges acerca de la determinación de su domicilio, tanto inicialmente como en cualquier momento posterior, será el Juez quien deba determinar este domicilio y para ello deberá tener en cuenta el interés de la familia, y no sólo el de los esposos.

En el domicilio fijado judicialmente, por aplicación de la obligación de convivencia del art. 68 CC, deberán vivir ambos cónyuges. A este respecto cabe preguntarse qué efecto tiene si, fijado el domicilio familiar por el Juez, uno de los cónyuges, haciendo uso de su libertad de residencia constitucional, no establece la suya en el lugar determinado judicialmente y lo hace en otro. Resulta evidente que no se le podrá imponer dicho domicilio, y lo único que puede ocurrir es que esta conducta se considere una infracción de las obligaciones conyugales que, a su vez, carece de sanción alguna.

En cuanto a los aspectos procesales, la derogada DA 4.^a de la Ley 30/1981 establecía que ello habría de hacerse previo los trámites determinados en la LEC, que no incluían ninguno *ad hoc*. En la actualidad, como quiera que la LEC 1/2000, en su art. 770, determina que el procedimiento regulado en el Capítulo I del Título I del Libro IV de dicha Ley, con la adición de las reglas contenidas en el Capítulo IV, es de aplicación a todas las cuestiones que se susciten al amparo del Título IV del Libro I del Código Civil, en el que se inserta el art. 70 CC, la tramitación de la fijación judicial del domicilio familiar será la correspondiente a este proceso verbal matrimonial, lo cual parece desproporcionado con el objeto litigioso y las cuestiones que en el mismo pueden plantearse. En el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, en el Título IV dedicado a la materia de familia, el Capítulo IV se dedica, entre otras cuestiones, a los desacuerdos en relación con la fijación del domicilio conyugal (art. 134), fijándose la competencia (art. 135) a favor del Juez de Primera Instancia del domicilio o residencia de los cónyuges, con una petición de principio, ya que, si se trata de su primer domicilio y no se ponen de acuerdo en su fijación (para eso acuden al Juez), difícilmente tendrán un domicilio o residencia de ambos. En cuanto al procedimiento, sólo se señala que han de tomarse estas decisiones a instancia de uno de los esposos o de los dos, por lo que el resto de las normas adjetivas serán las del proceso supletorio, regulado en el Capítulo III del Título I, sobre régimen general, que tras la petición inicial gira alrededor de una

253. SAP Ávila 16 de noviembre de 1995: «Es indudable el carácter de «vivienda familiar» que concurre en dicha casa, al haber sido adquirida para tal fin y, según reconoce el marido, pagado con su sueldo, dinero que ex art. 1.347 CC tiene carácter ganancial; y a estos efectos es indiferente que la haya ocupado o no la demandada en algún período, pues si no lo hizo ello respondió a las desavenencias conyugales que ya existían cuando les fue entregada la vivienda, inactividad que no puede ser entendida como renuncia y que en ningún caso sirve para desviar el fin natural que tenía ese piso demostrado también por la circunstancia de que en él se encuentran los muebles, ropas y enseres del matrimonio, según reconoce el demandante en confesión, lo que hace que concurran el elemento espiritual de afectación de éste a la cobertura de la necesidad de vivienda familiar, síntesis que no se desvanece a falta de algún acto posterior y conjunto de desafectación».

comparecencia donde, con carácter informal, se formulan las alegaciones y se practican las pruebas.

Algunas legislaciones forales y especiales se ocupan también de esta cuestión. La Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, en su art. 2 regula la misma forma conjunta de fijación del domicilio familiar (2.1), pero en los supuestos de desacuerdo (2.3), la solicitud de fijación judicial la puede hacer cualquiera de ellos «si no prefieren ambos acudir a la Junta de Parientes con el mismo fin». La Junta de Parientes es una institución aragonesa, regulada en los arts. 20 a 22 de su Compilación, que en su actual redacción por Ley 3/1985, de 21 de mayo, ofrece un marco de extraordinaria amplitud, tanto en su composición como funcionamiento, aunque tomarán sus acuerdos por mayoría absoluta. «*Cuando la composición de la Junta no estuviera determinada, el juez de Primera Instancia la formará con dos parientes idóneos, uno por cada línea o grupo familiar, con el límite del cuarto grado, teniendo en cuenta preferentemente el mayor contacto con la casa y la proximidad de parentesco*» (art. 20.3).

El art. 21.4 de la Compilación Aragonesa determina que, «*en los casos en que por precepto expreso de esta Compilación algún asunto haya de someterse indistintamente a la Junta de Parientes o a la autoridad judicial, transcurrido un mes, en el primer supuesto, desde que fue instada la constitución de la Junta sin que se haya conseguido o sin haber obtenido acuerdo, se podrá optar por acudir a la decisión judicial*». Aunque el precepto que se refiere a la determinación del domicilio familiar y que hace referencia a la Junta de Parientes no se encuentra en la Compilación, sino en la Ley aragonesa 2/2003, entendemos que esta normativa es de aplicación al caso que nos ocupa.

En Cataluña, esta determinación del domicilio familiar debe hacerse de común acuerdo entre el marido y la mujer, según el art. 2 CFam. Cat., que contempla que, en caso de desacuerdo, cualquiera de los cónyuges puede acudir a la autoridad judicial, quien lo determinará en interés de la familia a efectos legales.

1.3. La constitución de un régimen económico matrimonial

Este efecto del matrimonio es consustancial con él, de modo que siempre y en todo caso, contraídas unas nupcias, sea por determinación de los esposos en capitulaciones matrimoniales, sea por aplicación de un régimen subsidiario de acuerdo con la ley, cuando la ley española sea de aplicación a dicha unión, existirá un régimen económico, de Derecho común, o foral o especial.

1.4. La extinción de la pensión compensatoria

El matrimonio del beneficiario con otra persona, tras la disolución de un vínculo anterior, extingue la pensión compensatoria determinada en su favor (art. 101 CC).

2. En relación con el parentesco

El vínculo familiar que constituye el parentesco, generado por consanguinidad o afinidad, tiene como base de este último al matrimonio, que además de generar una

er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer

La familia es el grupo base de la sociedad. Tanto el parentesco como la voluntad integradora en dicho *grupo social* son los dos elementos que tienden a configurar la familia, de los que el segundo viene conformado a través de una institución milenaria, que es el matrimonio.

A lo largo de la historia de la Humanidad los hábitos sociales, matizados por las religiones, han venido configurando el matrimonio, dotándolo de normas, requisitos, efectos y condiciones.

A través de los tiempos, la revisión de su normativa se ha mantenido con pocas alteraciones y las producidas, lo han hecho con rasgos apenas accidentales. Sin embargo, en los últimos tiempos, la desaparición o disminución del contenido religioso y la revolución en sus características, han producido una auténtica mutación en el contenido y eficacia de la institución matrimonial.

Si ésta tenía un objeto claro —la procreación—, una intencionalidad en las voluntades constituyentes —el compromiso de los contrayentes—, y un proyecto vinculante, la continuidad, el elemento integrador de la familia, se ha convertido en evanescente y su firmeza en inoperante. Persiste el elemento genético, remodelado por la ciencia, pero ha desaparecido su carácter protector.

En nuestra legislación al matrimonio le ha surgido una fórmula competidora integrada por la unión de hecho, que al carecer de una normativa de ámbito nacional, se rige por leyes autonómicas, todas parecidas y ninguna igual, algunas inconstitucionales.

Al examen de esta nueva normativa se dedica esta obra.



Acceso online a Biblioteca Digital smarteca consulte página inicial de esta obra

