

JULIO V. GAVIDIA SÁNCHEZ

Coordinador

**LA REFORMA  
DEL MATRIMONIO  
(Leyes 13 y 15/2005)**

**MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.  
MADRID 2007 BARCELONA**

## ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>PRESENTACIÓN</b> .....	15
<b>ABREVIATURAS</b> .....	17

### CAPÍTULO I

#### **«LA LIBERTAD DE ELEGIR COMO CÓNYUGE A OTRA PERSONA DEL MISMO SEXO Y DE OPTAR ENTRE EL MATRIMONIO Y UNA UNIÓN LIBRE (ANÁLISIS CRÍTICO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL Y DEL LLAMADO “DIVORCIO EXPRESS”)»**

1. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO Y CONCEPCIONES DEL MATRIMONIO .....	21
2. LA LIBERTAD DE ELEGIR COMO CÓNYUGE A OTRA PERSONA DEL MISMO SEXO .....	25
3. UNIONES MATRIMONIALES Y MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN DERECHO COMPARADO; SU COMPATIBILIDAD CON EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL DE MATRIMONIO .....	40
4. LA RUPTURA DE LA UNIÓN Y LA LIBERTAD DE ELECCIÓN ENTRE EL MATRIMONIO Y LA UNIÓN LIBRE .....	53
5. CONCLUSIONES: EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE MATRIMONIO Y EL MATRIMONIO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIZADO; LOS CRITERIOS DE ORDENACIÓN DE LA CONCURRENCIA ENTRE EL MATRIMONIO Y OTRAS UNIONES, MATRIMONIALES O NO; COMPETENCIA LEGISLATIVA Y ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESPAÑOL .....	61
BIBLIOGRAFÍA .....	74

### CAPITULO II

#### **EL DERECHO A USAR LA VIVIENDA FAMILIAR EN LAS RECIENTES REFORMAS DEL DERECHO DE FAMILIA**

1. INTRODUCCIÓN.....	80
----------------------	----

	Pág.
2. EL DERECHO A USAR LA VIVIENDA FAMILIAR ANTES DE LAS REFORMAS. BREVE ANÁLISIS LEGISLATIVO, DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL.....	81
2.1. El derecho a usar la vivienda, ¿derecho real o derecho personal? .....	81
2.2. Los criterios de atribución del art. 96 CC.....	84
2.3. Las difíciles relaciones entre el usuario y el no usuario (titular o cotitular del inmueble): la respuesta del Derecho.....	86
2.4. Los terceros y el derecho a usar la vivienda: la oponibilidad del derecho a usar la vivienda frente a terceros .....	87
2.4.1. La oponibilidad del derecho a usar la vivienda y los principios hipotecarios.....	87
2.4.2. La clave de la oponibilidad: la buena fe.....	88
3. LA OMISIÓN PROCEDENTE: LA REFORMA DEL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO .....	89
4. ¿EL OLVIDO DEL LEGISLADOR O LA OMISIÓN CONSCIENTE?. LA REFORMA DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO .....	91
4.1. El uso de la vivienda familiar y la custodia compartida consensuada.....	92
4.2. El uso de la vivienda familiar y la custodia compartida impuesta: la reinterpretación del art. 96.1 CC.....	93
4.2.1. La atribución del uso de la vivienda de forma alternativa a ambos progenitores .....	95
4.2.2. La atribución del uso de la vivienda a uno sólo de los cónyuges.....	100
4.3. Solución propuesta .....	102
5. LA ORDEN DE PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA Y LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR .....	103
5.1. El art. 544 ter de la Ley Enjuiciamiento Criminal.....	103
5.2. Características del régimen jurídico de la vivienda familiar atribuida en la orden de protección .....	105
6. EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA LEY INTEGRAL SOBRE LA VIOLENCIA DE GÉNERO .....	112
6.1. La interpretación del art. 544 ter LECRIM conforme a la LVG .....	113
6.2. La permuta del uso de la vivienda familiar como medida de protección y seguridad de las víctimas: la «surrealista» previsión del art. 64.2 LVG.....	114
7. CONCLUSIONES.....	121
8. REFLEXIÓN FINAL: EL MODERNO DERECHO A USAR LA VIVIENDA FAMILIAR .....	122
BIBLIOGRAFÍA .....	123
JURISPRUDENCIA.....	124

### CAPÍTULO III

#### LA PENSIÓN COMPENSATORIA

1. CUESTIONES PREVIAS .....	127
1.1. La reforma del art. 97 del Código Civil en el marco de la Ley 15/2005, de 8 de julio .....	127
1.2. El deber de asistencia material entre cónyuges en las situaciones de normalidad matrimonial.....	130

	Pág.
1.3. Las obligaciones de contenido patrimonial entre cónyuges separados .....	135
1.3.1. Situaciones de separación de hecho .....	135
1.3.2. Situaciones de separación judicial .....	138
1.4. Las obligaciones de contenido patrimonial entre divorciados.....	140
2. LA PENSIÓN COMPENSATORIA .....	141
2.1. Finalidad y significado .....	142
2.2. Fundamento .....	149
2.3. Naturaleza .....	157
2.4. Pensión compensatoria y derecho de alimentos .....	165
2.5. Los presupuestos de la pensión .....	170
2.5.1. Separación o divorcio .....	170
2.5.2. El desequilibrio .....	174
2.6. El nacimiento del derecho .....	179
2.7. Modalidades de prestación post-ruptura.....	180
2.7.1. Prestación única y prestaciones periódicas.....	181
2.7.2. Pensión de duración indefinida y de duración limitada en el tiempo ..	183
2.7.2.1. Precedentes .....	183
2.7.2.2. Derecho vigente. El régimen jurídico de la pensión temporal .	188
2.8. La cuantía de la pensión. Las circunstancias del art. 97, párrafo 2.º del Código Civil .....	195
2.9. La modificación de la pensión.....	199
2.10. La extinción de la pensión .....	204
2.10.1. El cese del desequilibrio .....	205
2.10.2. El nuevo matrimonio del acreedor.....	206
2.10.3. La convivencia marital del acreedor.....	207
2.10.4. Los efectos de la muerte del deudor de la pensión .....	210
2.11. Autonomía de la voluntad y pensión compensatoria. La renuncia a la pensión .	212
2.11.1. La renuncia a la pensión .....	213
2.11.2. La renuncia anticipada .....	216
3. LA APLICACIÓN DEL ART. 97 DEL CÓDIGO CIVIL A LA RUPTURA DE LA UNIÓN LIBRE .....	220
BIBLIOGRAFÍA .....	230

#### CAPÍTULO IV

### CONSECUENCIAS DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO EN LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE

1. INTRODUCCIÓN.....	235
2. LOS DERECHOS DEL CÓNYUGE VIUDO ANTES DE LAS REFORMAS .....	236
2.1. Situación legal e interpretación jurisprudencial .....	236
2.2. Influencia de la separación conyugal en los derechos del cónyuge viudo según los Derechos forales .....	239
2.2.1. La legítima del viudo.....	239
2.2.2. El supérstite como sucesor intestado .....	240
2.2.3. El usufructo vidual de carácter universal .....	240
2.2.4. La fiducia sucesoria ejercitada por el cónyuge viudo .....	241

	Pág.
2.2.5. Otros derechos sucesorios del cónyuge supérstite.....	241
2.3. La pérdida de los derechos sucesorios por el cónyuge viudo separado de hecho por abuso del derecho .....	243
3. LA REFORMA DE LOS ARTÍCULOS 834 Y 945 DEL CÓDIGO CIVIL.....	244
3.1. Influencia de la separación de hecho en la pérdida de los derechos sucesorios del cónyuge viudo.....	244
3.2. La prueba de la separación de hecho .....	247
3.3. Separación de hecho y desheredación .....	248
3.4. Separación judicial y reconciliación.....	250
4. LA REFORMA DE LA LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE VIUDO EN CONCURRENCIA CON HIJOS EXTRAMATRIMONIALES (ARTS. 837 Y 840 DEL CÓDIGO CIVIL).....	252
5. EFECTOS DE LA SEPARACIÓN DE HECHO SOBRE EL CONTRATO DE SEGURO DE VIDA .....	253
6. LOS DERECHOS SUCESORIOS DE LOS CÓNYUGES DEL MISMO SEXO ....	256
BIBLIOGRAFÍA .....	258
JURISPRUDENCIA.....	259

## CAPÍTULO V

### LAS ÚLTIMAS REFORMAS LEGALES EN MATERIA DE RELACIONES PATERNO-FILIALES

1. INTRODUCCIÓN: JUSTIFICACIÓN DEL TEMA Y DE LA SISTEMÁTICA APLICADA .....	262
2. UNA NUEVA PERSPECTIVA SOBRE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS .....	263
2.1. Conceptos previos .....	264
2.1.1. Panorámica legal anterior a la reforma.....	266
2.1.2. Contenido de la patria potestad .....	268
2.1.3. Los conceptos de guarda y ejercicio de la patria potestad.....	270
2.1.4. Tratamiento judicial.....	273
2.1.5. Desarrollo de las reglas de principio introducidas por la Ley 11/1981, de 13 de mayo.....	277
2.2. Las ¿novedades? introducidas en el nuevo artículo 92 del Código Civil y su tramitación parlamentaria .....	279
2.2.1. Art. 92.1 CC: subsistencia de las obligaciones paternas tras la crisis matrimonial.....	279
2.2.2. Art. 92.2 CC: cumplimiento del derecho a ser oídos de los menores .	279
2.2.3. Art. 92.3 CC: posibilidad de privar de la patria potestad .....	280
2.2.4. Art. 92.4 CC: determinación del ejercicio total o parcial de la patria potestad.....	280
2.2.5. Art. 92.5 CC: el ejercicio compartido de la guarda y custodia por acuerdo de los padres.....	281
2.2.6. Art. 92.6 CC: procedimiento judicial para determinar el régimen de guarda .....	282
2.2.7. Art. 92.7 CC: restricciones para acordar la guarda conjunta.....	284
2.2.8. Art. 92.8 CC: determinación excepcional de la guarda compartida a petición de uno de los padres.....	286

	Pág.
2.2.9. Art. 92.9 CC: posibilidad de recabar dictamen de especialistas.....	288
2.3. Las modificaciones de los artículos 90 y 103 del Código Civil .....	289
2.4. Valoración global de la nueva regulación de la guarda y custodia de los hijos .	290
3. LAS MEDIDAS CIVILES DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO RELATIVAS A LOS HIJOS .....	294
3.1. Medidas civiles y orden de protección .....	294
3.2. Las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores .....	297
3.3. Las sanciones penales que afectan a la patria potestad .....	299
4. LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES HOMOPARENTALES .....	301
4.1. Generalidades .....	301
4.2. La determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida .....	303
4.3. La determinación de la filiación por adopción .....	308
4.3.1. El Dictamen del Consejo de Estado .....	309
4.3.2. Modificación del art. 175.4 CC: adopción conjunta o sucesiva por los cónyuges .....	310
4.3.3. Modificación del art. 178.2 CC: adoptante del mismo sexo que el progenitor determinado .....	313
4.3.4. Efectos negativos de la imposibilidad de la adopción por parejas del mismo sexo .....	314
4.3.5. La idoneidad de los adoptantes y los criterios de selección .....	315
4.3.6. ¿Discriminación por razón de sexo en los criterios de selección de adoptantes? .....	319
4.3.7. Las dudas sobre la constitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio .	321
4.4. Juicio crítico sobre la Ley 13/2005 en cuanto a sus efectos sobre la relación paterno-filial .....	325
BIBLIOGRAFÍA .....	331
JURISPRUDENCIA .....	333

## CAPÍTULO VI

### **ANÁLISIS DE LAS REFORMAS PROCESALES DE LA LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO, POR LA QUE SE MODIFICAN EL CODIGO CIVIL Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN MATERIA DE SEPARACION Y DIVORCIO**

1. INTRODUCCIÓN .....	336
1.1. La Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos .....	337
1.1.1. Modifica el art. 90 CC .....	337
1.1.2. Regula el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos en el art. 94 CC .....	337
1.1.3. Reforma el art. 103 CC .....	338
1.2. La LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial .....	338
1.3. La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género .....	339

	Pág.
1.3.1. Art. 87 ter LOPJ .....	340
1.3.2. Art. 49 bis LEC.....	341
1.3.3. Art. 544 ter LECrim .....	344
1.3.4. Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer .....	344
2. REFORMAS PROCESALES EN LA DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA DE LA LEY 15/2005 .....	347
2.1. Reforma del art. 770, regla 2.ª, LEC: la reconvencción .....	347
2.2. Adición de un nuevo párrafo al final de la regla 4.ª del art. 770 LEC: explotación de los menores .....	349
2.3. Adición de una regla 7.ª al art. 770 LEC y modificación del art. 777.2 LEC: mediación familiar.....	350
2.3.1. La mediación .....	353
2.3.2. Normas reguladoras de la mediación familiar .....	353
2.3.3. Ámbito de aplicación de la mediación familiar .....	354
2.3.4. Carácter voluntario de la mediación .....	356
2.3.5. Efectos de los acuerdos adoptados en la mediación familiar .....	358
2.4. Modificación del art. 771.2, párrafo primero, LEC: transacción en el proceso de medidas provisionales previas.....	361
2.5. Reforma del art. 775.2 LEC: modificación de las medidas definitivas .....	362
2.5.1. Modificación contenciosa de las medidas definitivas .....	363
2.5.2. Acuerdo para la modificación de las medidas definitivas .....	366
2.6. Modificación del art. 777.5 LEC: audiencia potestativa a los hijos menores ..	366
3. REFORMAS PROCESALES EN EL ARTÍCULO PRIMERO DE LA LEY 15/2005 .	368
3.1. Propuesta unilateral de las medidas definitivas que deban regular la separación o el divorcio contenciosos .....	368
3.2. Comunicación de los cónyuges al Juez, por separado, de la reconciliación ....	369
3.3. Derecho de los hijos menores a ser oídos.....	369
3.4. Posibilidad de solicitar dictamen de especialistas .....	369
3.5. Necesidad de recabar informe del Ministerio Fiscal antes de acordar el régimen de guarda y custodia .....	370
4. REFORMAS PROCESALES PROPUESTAS EN LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LA LEY 15/2005 Y NO APROBADAS .....	370
4.1. Reforma del art. 748.4.º LEC: un mismo procedimiento para la tramitación de todas las pretensiones consecuencia de la ruptura de las parejas de hecho .	370
4.2. Supresión del art. 750.2 LEC: cada cónyuge debe ser defendido por un Abogado .....	371
4.3. Adición de una nueva regla 7.ª al art. 770 LEC: anotación o inscripción en los Registros de la Propiedad y Mercantil de los autos sobre medidas provisionales y de las sentencias sobre medidas definitivas .....	372
4.4. Nueva regulación del régimen de liquidación de la sociedad de gananciales ..	374
4.5. Aumento del número de Juzgados de Familia y de Juzgados de Violencia sobre la Mujer.....	374
5. DERECHO TRANSITORIO .....	375
5.1. Antecedentes.....	376
5.1.1. Anteproyecto de Ley .....	376
5.1.2. Tramitación parlamentaria.....	376
5.2. Régimen transitorio de la Ley .....	380

	Pág.
5.2.1. Normas procesales .....	380
5.2.2. Normas sustantivas .....	381
6. EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR LA QUE SE ADAPTA LA LEGISLACIÓN PROCESAL A LA LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL, SE REFORMA EL RECURSO DE CASACIÓN Y SE GENERALIZA LA DOBLE INSTANCIA PENAL .....	385
BIBLIOGRAFÍA .....	387

CAPÍTULO VII

**MATRIMONIOS DEL MISMO SEXO  
Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

1. EL PROGRESIVO RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO DEL MISMO SEXO, CIVIL <i>PARTNERSHIPS</i> Y OTRAS FORMAS DE UNIONES DEL MISMO SEXO EN EL DERECHO COMPARADO .....	389
2. LA LEY APLICABLE A LOS REQUISITOS OBJETIVOS PARA LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO Y MATRIMONIOS DEL MISMO SEXO POR EXTRANJEROS EN ESPAÑA .....	397
3. LA EFICACIA EN EL EXTRANJERO DE LOS MATRIMONIOS DEL MISMO SEXO CELEBRADOS EN ESPAÑA .....	403
4. LA EFICACIA EN ESPAÑA DE LOS MATRIMONIOS DEL MISMO SEXO CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO .....	412
5. LA EFICACIA EN ESPAÑA DE LAS CIVIL <i>PARTNERSHIPS</i> DEL MISMO SEXO CONSTITUÍDAS EN EL EL EXTRANJERO .....	413
6. CONSIDERACIONES FINALES .....	415
BIBLIOGRAFÍA .....	417



## PRESENTACIÓN

Con esta obra pretendo lanzar propuestas originales de análisis de la institución matrimonial, tanto en su concepto, como en los aspectos de la mismas que han quedado afectados por las Leyes 13 y 15/2005.

Hemos preferido la profundidad a la celeridad en la elaboración de esta obra, convencidos de que no se trataba de comentar cada uno de los preceptos y disposiciones de estas leyes, ni de presentar acríticamente estados de opinión ajena, sino de repensar la institución, en su conjunto y en sus relaciones horizontales y verticales más específicas, objeto de esta reforma.

A partir de este punto común, acerca del sentido que queríamos dar a la obra, la libertad de análisis ha sido total, tanto que no ha existido ni atisbo de indicación al respecto, de modo que cada autor es el único responsable de las ideas plasmadas en el respectivo capítulo, aun a riesgo de generar algún solapamiento, así como alguna divergencia en la interpretación y en la valoración de la nueva regulación, que, sin duda, mejoran la calidad del producto. Y, por supuesto, las concesiones que pueda haber a la corrección o a la incorrección política son imputables exclusivamente al que las haya hecho, así como los términos elegidos para manifestarlas. Lo importante es el rigor del análisis, en lo que no hizo falta insistir, pues es algo en lo que todos estuvimos de acuerdo.

Consecuente con esa ausencia de directrices sobre el método y los resultados, poco más quiero decir sobre esta obra, sino someterla al criterio de cada lector, especialmente, de los estudiosos del Derecho, científicos y prácticos.

Sí aprovecho la ocasión para manifestar una opinión propia sobre la política legislativa en materia matrimonial. Y es que quiero pensar que la reforma del matrimonio no ha terminado por mucho tiempo, pues algún tema de importancia crucial está claramente necesitado de actualización, para eliminar algunas diferencias de trato por motivos religiosos en aspectos relativos al establecimiento/validez del vínculo matrimonial, cuya justificación puede resultar difícil en términos de razonabilidad o proporcionalidad, pero también para actualizar plenamente la institución en su con-

tenido patrimonial. ¿Para cuándo la reforma del régimen económico? ¿Nos basta con reformar el régimen de gananciales, aligerando sus elementos de comunidad en todos los matrimonios ya celebrados, en los que sea el aplicable? ¿Y en los que se vayan a contraer? ¿Por qué no ya el de separación o, incluso, uno de participación, como el supletorio de primer grado? ¿Acaso no se está haciendo o proponiendo hacer por vía interpretativa del de gananciales uno de separación en la titularidad (formal o real), con derecho del no titular a participar en lo ganancial tras la disolución de la sociedad? ¿Mejor esto que uno de participación? ¿Sólo porque así se salva la subsistencia de un hecho diferencial, tan anclado en la cultura castellana o castellanizada? Puede que ésta sea una concesión a la incorrección política...

En cualquier caso, hemos de pensar o seguir pensando en si la sociedad de gananciales —la que tenemos u otra— responde mejor que otras fórmulas a las necesidades de quienes contraen matrimonio, generando ingresos ambos cónyuges, cuando se pretende incentivar que ambos compartan o costeen la llevanza de las tareas domésticas y el cuidado de los hijos. Y, si como tan frecuentemente sucede, uno de los consortes es quien se ocupa primordialmente de esas funciones, ¿no es mejor la separación o, si se pacta, la participación o una sociedad de gananciales menos comunitaria, con una adecuada regulación de la pensión compensatoria, para prevenir o remediar comportamientos oportunistas, así como para asegurar al que asume esa dedicación al hogar que podrá poner fin a ese matrimonio, quedando adecuadamente compensada su pérdida de aptitudes para ganarse la vida en solitario? Pero, claro está, en tal caso sólo se debería compensar por esa pérdida de aptitudes, como consecuencia de su dedicación al hogar, no por la mera pérdida de nivel de vida, como consecuencia de la separación o del divorcio, como sigue posibilitando el art. 97.1 CC, pues esto último no sólo desincentiva el trabajo de fuera del hogar, sino que, peor aún, favorece comportamientos oportunistas, en sentido inverso... El que quiera asegurarse la compensación por tal pérdida de nivel de vida, que lo tenga que pactar. En cambio, que la ley sea quien, sin necesidad de pacto, prevea compensaciones adecuadas por la pérdida de aptitudes para ganarse la vida, como consecuencia de un matrimonio, en el que se ha dedicado a satisfacer necesidades de du consorte o del hogar, con independencia de quien le ponga fin. La última reforma del matrimonio ha sido, en este punto, claramente una ocasión perdida. Esperemos que no lo sea lo siguiente y que ésta no tarde mucho.

Y, por último, plantéese, entre otras cuestiones, también la conveniencia de permitir optar a quienes contraen matrimonio por el establecimiento de un vínculo sólo disoluble en caso de quiebra irreparable de esa unión, precisamente, en aras del reconocimiento de una mayor libertad en la configuración del contenido de la relación matrimonial, consintiendo la asunción de compromisos más fuertes. Cuando otros tabúes han sido (afortunadamente) destruidos, ¿por qué no el de la absoluta imperatividad de las causas de divorcio, siempre que no se rebase el (amplio) marco constitucional? Pero sobre esto, que entrañaría la reforma de esta reforma, ya no debo decir más aquí, sino remitir al lector al correspondiente capítulo de esta obra.

Que les aproveche.

Jerez, febrero de 2007.

Julio V. GAVIDIA SÁNCHEZ