



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Divorcio con hijos por motivo de lesiones

Trabajo de Fin de Grado

Autora: Laura M^a Díaz Valín

Tutor: Antonio Legerén Molina

Programa de Simultaneidad de Derecho y ADE

2016-2017

Índice

Abreviaturas.....	3
I. Antecedentes de hecho	4
II. ¿Cómo calificaría la situación legal de Leticia respecto de Felipe (pareja de hecho legal, matrimonio válido, no válido)?.....	7
A. Ideas previas	7
B. Las parejas de hecho y su caracterización como familia.....	7
C. Las parejas de hecho en las Islas Baleares.....	9
D. Matrimonio	10
E. Conclusiones.....	13
III. La adopción de Antonio ¿fue válida?.....	14
A. Ideas previas	14
B. Adopción en una pareja de hecho	14
C. Requisitos generales para adoptar	16
D. Conclusiones.....	17
IV. ¿Las actuaciones de Felipe son constitutivas de delito?.....	18
A. Ideas previas	18
B. Violencia doméstica habitual o violencia de género	18
C. Calificación jurídica de las actuaciones de Felipe.....	21
D. Conclusiones.....	23
V. ¿Puede Leticia solicitar el divorcio? Y en su caso: ¿les corresponde a Antonio y Lucía pensión de alimentos?.....	24
A. Ideas previas	24
B. Demanda de divorcio	24
C. Pensión de alimentos	25
D. Conclusiones.....	31
VI. ¿A quién debe atribuirse el uso de la vivienda (donde residen actualmente, situada en Lugo)?.....	32
A. Ideas previas	32
B. Donación por razón de matrimonio	32
C. Atribución de la vivienda familiar	34
D. Conclusiones.....	36
Conclusiones Finales	37
Bibliografía.....	40
A. Fuentes legales.....	40
B. Fuentes jurisprudenciales.....	41
C. Fuentes bibliográficas	43

Abreviaturas

AAP: Auto de la Audiencia Provincial

BOE: Boletín Oficial del Estado

BOIB: Boletín Oficial de las Islas Baleares

CC: Código Civil de 1889

CE: Constitución Española de 1978

CP: Código Penal de 1995

DOG: Diario Oficial de Galicia

DRPE: Decreto 112/2002, de 30 de agosto, mediante el cual se crea un Registro de Parejas Estables de las Islas Baleares y se regula su organización y su gestión

LDCG: Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia

LJV: Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria

LPEIB: Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables de las Islas Baleares

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

I. Antecedentes de hecho

En el año 2014, Leticia García Ayala era una mujer de 30 años empadronada en la Comunidad Autónoma de Madrid que vivía con su hijo Antonio de 13 años, fruto de una relación prematura en su época adolescente. Desde que el padre de Antonio murió a los pocos años de nacer el niño, Leticia lo ha cuidado sola, sin ningún tipo de ayuda por parte de sus padres o familiares, con los que mantiene nulo contacto desde que abandonó la casa familiar a causa de su embarazo, no aceptado por los padres de ella.

Leticia tenía una situación laboral inestable. Cambiaba con frecuencia de vivienda, todas ellas alquiladas, y trabajaba en diversos empleos temporales como camarera, limpiadora, niñera, etc., compaginándolo con un pequeño blog de moda, su verdadera pasión.

En enero de 2014, Felipe Domínguez García se puso en contacto con Leticia a través de la red social Facebook. Felipe le contó a Leticia que, a pesar de tener solo 26 años por aquel entonces, ya trabajaba en la empresa de tecnología de su padre dedicada al desarrollo y comercialización de tecnología y productos de software. Como hijo de uno de los socios ostentaba un cargo de director adjunto en la empresa, posición laboral que le daba una gran estabilidad económica y que además le permitía viajar por diversos países. A pesar de sus continuos desplazamientos, Felipe le contó a Leticia que estaba empadronado en Palma de Mallorca, donde poseía una gran casa en primera línea de playa, con jardín propio, piscina, tres habitaciones y gimnasio. Le contó también que, el verdadero motivo por el que contactaba con ella era porque aseguraba ser su sobrino y que le gustaría conocerla.

Así pues, en uno de sus viajes a Madrid, el 25 de febrero de 2014, Felipe contactó con Leticia y ambos se conocieron. A partir de ahí, la ilusión de Leticia por saber algo de su familia y la insistencia de Felipe, hizo que ambos entablaran una relación que acabó tornando en algo más serio. Posteriormente, constataron que sin lugar a dudas eran parientes, no siendo esto impedimento para estar juntos.

Felipe, conocedor de la inestable situación económica de Leticia, la intentó convencer para que se mudara con él a Palma de Mallorca y así mejorar su relación personal. Leticia, motivada por la situación económica de Felipe y por lo bien que se llevaba con su hijo Antonio, el 15 de junio de 2014 se mudó a Palma de Mallorca, desde donde también podría seguir con su blog de moda que empezaba a despuntar.

Debido a que la relación y la convivencia se encontraban en el mejor momento, Felipe y Leticia decidieron dar un paso más e inscribirse como pareja de hecho para dar mayor seguridad a su relación ante los constantes viajes de Felipe. Así, el 2 de agosto de 2014 se dirigieron al Registro de Parejas de Hecho de Palma de Mallorca, ya que allí era donde estaba empadronado Felipe y donde la pareja residía por esas fechas.

Siendo ya pareja de hecho, Felipe insiste a Leticia en que no se preocupe por el dinero y la situación laboral, que se olvide del blog ya que él puede mantenerla tanto a ella como a su hijo. Y para ganarse todavía más la confianza de su pareja, Felipe propone adoptar a Antonio. Por ello, el 13 de octubre de 2014 la pareja comienza los trámites para llevar a cabo la adopción.

Desde entonces, la pareja no hace más que mudarse de casa en casa por culpa del trabajo de Felipe. En los últimos meses han tenido varias residencias dentro del territorio español que han llevado a Leticia a abandonar su trabajo y depender de la posición económica de su pareja, el cual cobra actualmente un sueldo aproximado de 5.000€ netos mensuales. Leticia, cansada de esta situación, decide dar un ultimátum a Felipe: o se casan o ella se llevaría a Antonio. Como resultado de la amenaza de Leticia, el 25 de mayo de 2015 Felipe y ella contraen matrimonio en Barcelona, su última residencia habitual, en el ayuntamiento y ante la alcaldesa.

Una semana antes de la boda, María, la madre de Felipe, viuda recientemente y empadronada en Lugo, se reúne con ellos para hablar sobre el regalo de bodas: una casa en Lugo que se encuentra situada en la avda. de A Coruña nº 10, séptimo piso. El piso está amueblado y cuenta con tres habitaciones, un salón-comedor, dos baños y terraza. Son aproximadamente 135 m². Entre ellos acuerdan que sea Felipe el propietario de la vivienda y María la que se encargue de todos los trámites legales que sean necesarios. Ante este regalo, Felipe y Leticia deciden mudarse a Lugo, ya que la empresa de tecnología en la que trabaja Felipe tiene una sede allí.

Una vez instalados en Lugo, Leticia se dedica al mantenimiento y cuidado de la casa, lo que le lleva a entablar amistad con las vecinas del edificio. Cuando está con ellas siempre presume de lo atento y protector que es su marido, ya que siempre está pendiente de ella y le escribe por WhatsApp todo el rato para saber dónde está, con quién está y a qué hora va a volver a casa. Las vecinas extrañadas le dicen que eso es muy posesivo, pero ella no les hace caso. Cuando llega a casa le cuenta a su marido lo que las vecinas han dicho y él, enfadado, le dice que no sea tonta, que las vecinas le tienen envidia y que no debería andar con ellas.

En julio de 2015 Leticia se queda embarazada. Durante el embarazo, el médico le aconseja reposo, por lo que Felipe tendría que ayudarla con ciertas tareas de la casa. Sin embargo, el fuerte y obstinado carácter de Leticia hace que guardar reposo durante el embarazo y la realización de las tareas domésticas genere varias discusiones acaloradas en la pareja. Además, Leticia, aburrida de estar siempre sola en casa, decide volver esporádicamente a su blog de moda, con el cual gana algún dinerillo para ella. Todo ello sin contárselo a su marido.

Durante las Navidades del 2015, la familia celebra las fiestas en su casa invitando a sus familiares para la cena de Nochevieja. Leticia prepara toda la cena junto a su suegra mientras Felipe se encarga de atender a los invitados y charlar con ellos. En el desarrollo de la cena, la familia no para de alabar lo rico que está todo, sobre todo su cuñada Eva en un intento por alegrarla, ya que su marido como siempre no para de menospreciar su trabajo, porque “es lo menos que tiene que hacer si yo soy el que trabajo”. Esta actitud se repite cada vez que hay una comida familiar. Tras la cena, Leticia recrimina a Felipe su actitud y este, bebido, le promete que no volverá a pasar y que lo perdona.

El 13 de marzo de 2016, María se cae por las escaleras de su casa y se rompe la cadera. El médico le recomienda reposo y rehabilitación. La madre de Felipe llama a su hijo para que la ayude con la rehabilitación y la cuide, como habían acordado tras la donación del piso. Este hecho provoca constantes discusiones en la pareja, ya que Leticia no está dispuesta a ser la niñera de nadie. En una de las discusiones, Felipe le propina un empujón a su mujer diciéndole que es libre de irse, pero que si lo hace no va volver a ver a sus hijos. A la mañana siguiente, Leticia acude al médico preocupada, ya que se

encuentra en su último tramo de embarazo. El médico afirma que todo está bien y le receta únicamente unos analgésicos para el dolor.

El hijo mayor de la pareja, de fuerte carácter igual que Leticia, y con una adolescencia difícil, siempre está discutiendo con su madre debido a la constante presión por sacar buenas notas y para que tenga todo recogido. El adolescente no entiende el estrés de su madre, si es su padrastro quien trae el dinero a casa, mientras ella se pasa el día de charla con las vecinas. El carácter de Antonio se endurece todavía más con Leticia tras el nacimiento de la hija del matrimonio, Lucía, el 18 de abril de 2016.

El 16 de junio de 2016 Felipe llega tarde del trabajo y Leticia le recrimina que nunca está en casa y que necesita ayuda, que está harta y no aguanta más. Él, con unas copas de más encima, le propina varios golpes que la tiran al suelo. A consecuencia de estos hechos Leticia tiene un esguince en el pie derecho, así como fuertes dolores cervicales. Cuando acude al médico, este se lo venda y le receta analgésicos para el dolor además de obligarle a usar un collarín.

II. ¿Cómo calificaría la situación legal de Leticia respecto de Felipe (pareja de hecho legal, matrimonio válido, no válido)?

A. Ideas previas

En la relación personal existente entre Leticia y Felipe se pueden distinguir dos momentos netamente diferenciados. En un primer instante, deciden registrarse como pareja de hecho el 2 de agosto de 2014 en el Registro de Parejas de Hecho de Palma de Mallorca. Posteriormente, el 25 de mayo de 2015, contraen matrimonio ante la alcaldesa de Barcelona.

En las páginas que siguen, se analizará el sentido, el tratamiento y la opinión de la jurisprudencia constitucional sobre las uniones no matrimoniales. Tras ello, se examinará si la pareja de hecho de Leticia y Felipe cumple con los requisitos de la ley Balear para ser reconocida como tal. Finalmente, se determinará en que situación jurídica se encuentra el matrimonio que han contraído.

B. Las parejas de hecho y su caracterización como familia

Las uniones o parejas de hecho son una realidad social que ha ido ganando importancia a lo largo de los años¹. La familia ha dejado de ser una institución de origen sólo matrimonial admitiéndose nuevos modelos de relación que igualmente son reconocidos como familia. A estas uniones formadas por dos personas que comparten su vida en una relación afectiva análoga a la conyugal, se les reconoce una serie de derechos y deberes, ya entre los propios miembros, ya con relación a terceros o ya frente a la sociedad. Buena prueba de lo anterior es que, en la práctica, las uniones de hecho gozan de cierta protección por parte de los poderes públicos reflejada en diversa normativa, a la que en breve se hará referencia.

Aun existiendo cierta legislación sobre las parejas de hecho, un tema que aún no está cerrado es el tipo de familia que protege el artículo 39 de la Constitución española (en adelante CE). Dicho precepto establece en su apartado número 1 que “*los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*”. El Tribunal Constitucional (en adelante TC) entendió durante mucho tiempo que en la Constitución el matrimonio constituía el elemento esencial y fundante de la familia, de manera que la redacción del artículo 39 CE sólo se entendía sobre la base de que la familia se relacionaba con el matrimonio y que no valía equiparlo con las uniones de hecho. Así queda reflejado en la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) de 15 de noviembre 1990 (RTC 1990/184), en la que se afirma que “en la Constitución española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1). Nada de ello

¹ De acuerdo con los datos del Instituto Nacional de Estadística, las parejas de hecho han aumentado en 61.300 desde el año 2013, mientras que la familia de origen matrimonial ha descendido en 302.900 (Cfr. www.ine.es).

ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento”.

La Constitución española no contempla de forma expresa las parejas de hecho. Únicamente se refiere al matrimonio (art. 32 CE) y a la familia (art. 39 CE). Ahora bien, siendo así, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de diciembre 1992 (RTC 1992/222), ha abierto una vía para considerar perfectamente compatible la Constitución con otras formas de convivencia familiar que no se basen exclusivamente en la de origen matrimonial. Así, dicha resolución afirma que “existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma como la que se contiene en el artículo 39.1”.

El anclaje constitucional de las uniones no matrimoniales tiene lugar a través de dos preceptos. En primer lugar, el artículo 10 CE, referido al libre desarrollo de la personalidad. En segundo lugar, cabe aludir al artículo 39 CE, reforzado por pronunciamientos tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo (en adelante TS), que consideran que este precepto contempla genéricamente a la familia. Además, ha de tenerse en cuenta el contenido negativo del artículo 32 CE, de acuerdo con el que se puede afirmar la existencia de un derecho a no contraer matrimonio².

Y aunque la Constitución española no prevé expresamente las uniones de hecho, tampoco las rechaza de manera explícita. La lectura del artículo 32 CE, en relación con el artículo 39 CE, “proyecta la protección de la familia en forma genérica, es decir, como núcleo creado tanto por el matrimonio como por la unión de hecho” (STS de 18 de mayo 1992. RJ 1992/4907). En consecuencia, se debe entender que, cuando la Constitución establece que los poderes públicos deben proteger la familia, “no constriñe este concepto, en términos exclusivos y excluyentes, a la fundada en el matrimonio, debiendo subsumirse también a la familia de origen no matrimonial” (STC de 21 de abril 1997. RTC 1997/74).

Desde las citadas sentencias, son numerosas las resoluciones que afirman que, aunque matrimonio y familia son en la Constitución dos realidades y conceptos perfectamente diferenciables, no cabe identificar a la familia que se ha de proteger únicamente con la que tenga su origen en el matrimonio.

A pesar de este reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional, las uniones de hecho no cuentan hoy en día con una legislación de ámbito estatal. Ni el Código civil (en adelante CC) ni ninguna otra ley civil al margen del Código, regulan expresamente las parejas de hecho. Por ello, han sido las distintas Comunidades Autónomas las que han regulado dicha figura, surgiendo diversas leyes en cada Comunidad que, aunque distintas en algunos aspectos, son comunes en lo esencial³.

² Martínez de Aguirre Aldaz, C. et al.: *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*, Edisofer, Madrid, 2016, p. 315.

³ De las 17 Comunidades Autónomas, 13 han promulgado leyes de parejas de hecho. De entre tales leyes, recientemente dos han sido declaradas inconstitucionales. La Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de Madrid, ha sido declarada inconstitucional en STC 81/2013, de 11 de abril. Y la Ley Foral 6/200, de 3 de julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables de Navarra, ha sido declarada inconstitucional en STC 93/2013, de 23 de abril.

C. Las parejas de hecho en las Islas Baleares

Como se ha visto, actualmente no existe una legislación sobre uniones de hecho de ámbito estatal. Por ello, para regular la pareja de hecho de Felipe y Leticia se ha de recurrir a la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables de las Islas Baleares (en adelante LPEIB), pues éste es el lugar donde residen y donde se registran como pareja de hecho.

El artículo 1.1 de la citada ley entiende como pareja estable “*las uniones de dos personas que convivan de forma libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal*”.

Para que a Felipe y Leticia les sea de aplicación la LPEIB, el artículo 1.2 exige que los miembros de la pareja cumplan los requisitos y formalidades previstas en ella, que no incurran en ninguno de los impedimentos que contiene y que se inscriban voluntariamente en el Registro de Parejas Estables de las Islas Baleares.

El Decreto 112/2002, de 30 de agosto, mediante el cual se crea un Registro de Parejas Estables de las Illes Balears y se regula su organización y su gestión (en adelante DRPE) establece que la inscripción en el registro balear es voluntaria, pero tiene carácter constitutivo (cfr. art. 1.2).

Las inscripciones en estos registros han recibido ciertas críticas por parte de la doctrina ya que, ante la inexistencia de una regulación estatal sobre parejas de hecho, tampoco se cuenta con criterios comunes delimitadores de las parejas de hecho a nivel estatal, ni con un Registro de Parejas de Hecho centralizado. Ello ha provocado que en cada registro se exijan diferentes requisitos para inscribirse⁴.

En muchos casos, la mera declaración de voluntad de los interesados resulta suficiente para la inscripción en el Registro. Así, en las Islas Baleares se permite que la pareja se inscriba con una “*declaración responsable de ambos miembros de que no hay ninguna relación de parentesco en línea recta por consanguinidad o adopción, ni colateral por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado*” (cfr. art. 9.d DRPE). En ningún caso se establece cuál debe ser la forma de esta declaración, pudiendo realizarse a través de una manifestación de ambos, oral o por escrito. Por lo tanto, con la inscripción de esta declaración simplemente se está probando su publicidad pero no el cumplimiento real y efectivo del requisito de inexistencia de parentesco.

La autenticidad de la declaración a la que se alude no es revisada con anterioridad a la inscripción: es el órgano competente el que deberá iniciar de oficio el procedimiento de anulación de la inscripción registral si tiene constancia de que se han falseado los datos (cfr. art. 8.4 DRPE).

Tanto el artículo 2 de la LPEIB como el artículo 2 del DRPE, establecen que para inscribirse en el Registro de Parejas Estables se exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) Ser mayor de edad o menor emancipado.
- b) Que no exista parentesco “*en línea recta por consanguinidad o adopción, ni colateral por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado*”.
- c) Que ninguno esté ligado por vínculo matrimonial.
- d) Que no formen pareja estable “*con otra persona inscrita y formalizada debidamente*”.

⁴ Biedma Ferrer, J. M^a.: “Uniones de hecho y principios de igualdad. Algunas cuestiones conflictivas”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, núm. 4, 2011, p. 210.

- e) Que, por lo menos uno de los miembros tenga vecindad civil en las Islas Baleares.
- f) Y, se les requiere “*sumisión expresa*” a los dos miembros a la LPEIB.

Por los datos aportados en el caso, se deduce que Felipe y Leticia son mayores de edad, no están ligados por vínculo matrimonial ni forman pareja estable con otra persona en el momento de registrarse como unión de hecho y, como se explicará posteriormente, suponemos que Felipe posee vecindad civil en las Islas Baleares.

Aunque en la LPEIB se hace referencia únicamente a vecindad civil autonómica de uno de los miembros, en la doctrina se ha planteado si además el otro miembro de la unión de hecho debe residir también en las Islas Baleares⁵. Sea cual sea la interpretación, Felipe y Leticia cumplen con ambos requisitos: Felipe se encuentra empadronado en Palma de Mallorca y Leticia se mudó finalmente el 15 de junio de 2014 a la casa que tiene él en la misma localidad, por lo que ambos vivirán habitualmente en Palma de Mallorca. De esta manera se puede afirmar que Felipe cumple con el requisito de vecindad civil y que Leticia residirá habitualmente en las Islas Baleares.

El problema surge con el requisito de parentesco. La LPEIB prohíbe las uniones de hecho entre aquellas personas con una relación de parentesco colateral por consanguinidad hasta el tercer grado. Y en el caso que nos atañe, a Felipe y Leticia les une una relación de parentesco de tía y sobrino. Es más, tal y como se señala en los antecedentes de hecho, después de conocerse mejor, constatan fehacientemente que sí son parientes colaterales en tercer grado por consanguinidad.

En consecuencia, en atención al artículo 2, apartado 1.c de la LPEIB, establece claramente que si este grado de parentesco se da entre los miembros de la pareja, esta unión no podrá ser constituida. Así y aunque la pareja estable entre Leticia y Felipe pudo haber sido inscrita en el Registro de Parejas Estables de las Islas Baleares, no es válida por tener una relación colateral por consanguinidad en tercer grado. Hecho que debe ser revisado de oficio con posterioridad a su inscripción y que deja sin efectos a esta unión de hecho (cfr. art. 8.4 DRPE).

D. Matrimonio

Otro caso muy distinto es lo que ocurre con su posterior matrimonio celebrado el 25 de mayo de 2015 en Barcelona ante la alcaldesa.

De acuerdo con el Tribunal Constitucional, matrimonio se puede definir como “comunidad de afecto que genera un vínculo o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución, y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento” (STC de 6 de noviembre de 2012; RTC 2012/198).

La Constitución reconoce en su artículo 32 el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. Por su parte, el Código civil regula los requisitos y procedimientos específicos para casarse en los artículos 42 y siguientes.

De acuerdo con este último cuerpo legal, para poder contraer matrimonio válido, hacen falta tres requisitos: capacidad, consentimiento y forma (cfr. arts. 44 a 65 CC).

⁵ Badenas Carpio, J. M.: “Notas a la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables de las Islas Baleares” en *Revista Actualidad Civil*, núm. 3, 2002, p. 968.

Respecto a la capacidad, se analizarán dos cuestiones: si los contrayentes tienen la aptitud natural para emitir el consentimiento y si cumplen con los requisitos de capacidad del artículo 46 Código civil. Respecto al consentimiento, este debe reunir dos características: ser libre y voluntario. Y en cuanto a la forma, el matrimonio ha de celebrarse de acuerdo con los requisitos establecidos en la legislación.

En primer lugar, los contrayentes deben tener la capacidad necesaria para poder emitir el consentimiento y asumir el compromiso que conlleva el matrimonio, es decir, capacidad natural de entender y querer. Así lo expresa el Código civil en el artículo 56: *“quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código.”*

En el presente caso, en ningún momento se hace referencia a anomalías psíquicas que impidieran a Felipe y Leticia tener una noción básica de lo que significa matrimonio. Se puede afirmar entonces, que cuentan con la aptitud natural de entender y querer la unión.

En cuanto a los requisitos de capacidad del artículo 46, el Código civil establece que no podrán contraer matrimonio ni los menores de edad que no estén emancipados ni los que estén ligados por un vínculo matrimonial anterior. En nuestro caso, Leticia y Felipe, ambos son mayores de edad en el momento de celebración del matrimonio (Felipe tiene 27 años y Leticia 31), y no se encuentran casados con otras parejas respectivamente. En consecuencia, Leticia y Felipe tendrían plena capacidad de obrar para contraer matrimonio.

Teniendo plenas facultades mentales y capacidad de obrar, Felipe y Leticia deben emitir su consentimiento libre y voluntario para que el matrimonio sea válido (cfr. art. 45 CC). No será válido aquel consentimiento emitido por coacción o miedo grave, o basado en un error *“en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales”* determinantes para el consentimiento (cfr. art. 73.4 CC).

En el supuesto que se plantea, no se ofrecen datos suficientes para saber si existe o no error. Por lo que se asume que el matrimonio de Leticia y Felipe fue celebrado con consentimiento no erróneo.

En cambio, se debe analizar si Felipe emitió su consentimiento por coacción o miedo grave ya que en el caso se expresa que Leticia, en un momento determinado, le da un ultimátum a Felipe para que se casen, afirmando que si el matrimonio no se lleva a cabo *“ella se llevaría a Antonio”*.

El artículo 73.5 del Código civil al afirmar que será nulo el matrimonio contraído bajo coacción o miedo grave, no define estos conceptos. En consecuencia, cabe recurrir para ello al artículo 1267 del Código civil, que delimita la violencia e intimidación⁶. De acuerdo a este precepto, hay intimidación cuando *“se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes”* (cfr. art. 1267 CC).

Según se advierte, para que el consentimiento esté viciado por esta causa, deben concurrir dos requisitos. En primer lugar, que el miedo que se infunde en el contrayente sea un *“temor racional y fundado”*. Y en segundo lugar, se ha de tener en cuenta el grado de perturbación que ese temor puede provocar en la persona, atendiendo a su edad y circunstancias personales. Es decir, la intimidación debe ser real, de cierta gravedad y que

⁶ Suárez Pertierra, G. et. al.: *Derecho Matrimonial Comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 116.

el sujeto no vea otra alternativa que contraer matrimonio para evitar ese mal. Es más, si la amenaza se dirigiese contra uno de los parientes del contrayente, habría de valorarse la relación personal y de afecto que ambos mantienen para determinar el grado de perturbación⁷.

De los datos aportados se deduce que Felipe cuenta con una buena situación laboral, sin problemas económicos y la relación que mantiene con Antonio (que no es su hijo biológico), es de apenas un año. Por ello, aunque ambos se tengan afecto entre sí, la breve relación que mantienen no parece suficiente para que la amenaza origine un temor tan grave como para que Felipe se vea obligado a contraer matrimonio. En nuestra opinión, el ultimátum puede enmarcarse dentro de las discusiones que según los datos que disponemos, eran habituales entre Felipe y Leticia, sin que pudiese llegar a ejercer tal presión en Felipe que su consentimiento se viese viciado.

Finalmente, en cuanto a los requisitos de forma e inscripción del matrimonio exigidos por el Código civil en los artículos 49 a 65, en el presente caso solo se hace referencia a que el matrimonio ha sido celebrado en Barcelona ante la alcaldesa. Y al no hacerse mención alguna sobre esta cuestión en ninguna otra parte del supuesto, hemos de suponerlos como cumplidos.

En cuanto a los impedimentos, el Código civil establece que no podrán contraer matrimonio aquellas personas (cfr. art. 47 CC):

- Que tengan una relación de parentesco en línea recta por consanguinidad o adopción.
- Que tengan una relación por consanguinidad colateral hasta el tercer grado.
- Que uno de los contrayentes hubiera participado en la muerte dolosa de su anterior cónyuge o persona con la que hubiera mantenido una relación análoga de afectividad.

Con los datos que nos ofrece el caso, podemos afirmar que Leticia y Felipe cumplen con los siguientes requisitos para poder contraer matrimonio válidamente: no tienen relación de parentesco en línea recta y no han sido condenados.

Sin embargo, no sucede lo mismo respecto al requisito de parentesco colateral. Recordemos que al analizar su unión como pareja de hecho, ésta no era válida por tener ambos una relación colateral por consanguinidad hasta el tercer grado (tía y sobrino en nuestro caso). Requisito que, de acuerdo con el Código civil, también impediría la celebración del matrimonio (cfr. art. 47 CC).

No obstante, a diferencia de la pareja de hecho, donde la relación de parentesco impide de una manera absoluta su validez, en el Código civil se establece que el juez podrá dispensar respecto del matrimonio “*los impedimentos de persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal y de parentesco de grado tercero entre colaterales*” siempre que concurra justa causa y a instancia de parte (cfr. art. 48 CC).

Por lo tanto, aunque el matrimonio de Felipe y Leticia no reúna de entrada todos los requisitos necesarios para su validez, se podría pedir la dispensa para convalidar el matrimonio inicialmente nulo, si ninguna de las dos partes ha instado judicialmente su nulidad anteriormente (cfr. art. 48 CC).

⁷ Suárez Pertierra, G. et. al.: *Derecho Matrimonial Comparado*, op. cit., pp. 117-120.

El procedimiento para solicitar esta dispensa se encuentra regulado en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante LJV), en los artículos 81 a 84. En dichos preceptos se señala que la solicitud de dispensa debe dirigirse al Juzgado expresando los motivos y el árbol genealógico de los contrayentes, así como los documentos y pruebas en los que se basa para acreditar la concurrencia de la justa causa exigida por el Código civil (cfr. art. 82 LJV).

La justa causa más sólida para poder dispensar el matrimonio sería la convivencia prolongada y voluntaria de ambos parientes. Sin embargo, puede valer cualquier otra causa que demuestre que el matrimonio es conveniente y adecuado para el interés familiar: la protección de uno de los cónyuges, el interés del menor, etc.⁸.

Una vez que la dispensa es admitida a trámite, se citará a los cónyuges y a aquellos que pudieran estar interesados para que comparezcan. Además, se practicarán las pruebas que hayan sido propuestas y acordadas (cfr. art. 83 LJV).

Si finalmente el Juez concede la dispensa, el matrimonio de Felipe y Leticia se vería convalidado desde su celebración, siempre y cuando uno de los cónyuges no haya solicitado la nulidad con anterioridad.

E. Conclusiones

Vistos los requisitos de las parejas de hecho que exige la legislación específica de las Islas Baleares (lugar donde residen Felipe y Leticia), se puede afirmar que la pareja de hecho no será reconocida como unión de hecho legal ya que entre ambos existe una relación de parentesco colateral por consanguinidad de tercer grado (tía y sobrino). Y es que, según hemos visto, la LPEIB establece como impedimento no dispensable para registrar una pareja de hecho la existencia de una relación de parentesco colateral de tercer grado.

Respecto al matrimonio, la relación de parentesco de tía y sobrino causa que la unión matrimonial entre Leticia y Felipe no sea válida a pesar del cumplimiento del resto de requisitos exigidos por el Código. Pero, según señala el artículo 48 CC, en este caso se podría convalidar la unión matrimonial desde su celebración si cualquiera de los cónyuges solicita una dispensa al juez.

⁸ Martínez de Aguirre Aldaz, C. et al.: *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*, op. cit., p. 124.

III. La adopción de Antonio ¿fue válida?

A. Ideas previas

En este apartado se analizará si Felipe podría adoptar válidamente a Antonio, el hijo biológico de Leticia. En un primer momento, se estudiará que diferencias existen a la hora de adoptar siendo pareja de hecho y si influiría que, finalmente, esta pareja de hecho fuera anulada. Posteriormente, se examinará si aun siendo válida su pareja de hecho, Leticia y Felipe cumplirían con todos los demás requisitos para llevar a cabo los trámites de adopción.

B. Adopción en una pareja de hecho

Antes de entrar a valorar la adopción de Antonio, el hijo biológico de Leticia, se deben hacer dos apreciaciones.

En primer lugar, para estudiar esta adopción, debemos recurrir a la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción (en adelante Ley de 1987).

La ley de 1987 no es la última reforma en materia de adopción. En la actualidad, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia (en adelante Ley de 2015), es la regulación que se debe aplicar al tramitar una adopción. Esta reforma actual modifica algunos preceptos del Código civil. Pero, la Disposición Transitoria Primera de la Ley de 2015 afirma que, si los procedimientos y expedientes judiciales en materia de adopción han sido iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 2015, se continuarán tramitando “*conforme a la legislación procesal vigente en el momento del inicio del procedimiento o expediente judicial*”.

Leticia y Felipe comienzan los trámites para llevar a cabo la adopción de Antonio el 13 de octubre de 2014, mucho antes de la entrada en vigor de la nueva reforma. Por lo que, para resolver el presente caso, se debe recurrir a la legislación vigente en ese momento, es decir, la Ley de 1987. Así, cada vez que en esta pregunta se haga referencia a un artículo del Código civil, se estará haciendo referencia a los preceptos del Código antes de la reforma de 2015.

En segundo lugar, se debe recordar que no se está analizando la adopción de un menor por ambos componentes de una pareja de hecho, si no que se trata de la adopción del hijo biológico de Leticia por parte de Felipe, su ya pareja de hecho. Esta apreciación influye a la hora de llevar a cabo los trámites para adoptar, que se verán a continuación.

La Ley de 1987 no permitía que un menor fuera adoptado por más de una persona. Solo se permitía la adopción dual, es decir, por dos personas, en el caso de que ambos fueran cónyuges (cfr. art 175.4 CC). Sin embargo, la Disposición Adicional Tercera de la Ley de 1987 introducía la plena equiparación entre cónyuges y convivientes en lo referente a la capacidad para adoptar. La Ley de 1987 estableció que al igual que los cónyuges podían adoptar simultáneamente a un menor, estas referencias también debían ser aplicables “*al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal*” (cfr. disposición adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre).

La Ley de 1987 equiparó así en todos los aspectos la capacidad para adoptar entre parejas de hecho y matrimonio. Esta equiparación afectó a las parejas de hecho en dos supuestos. En primer lugar, se les permite también la adopción dual del artículo 175.4 Código civil. Y en segundo lugar, se les exigirán los mismos requisitos a una pareja de hecho que a un matrimonio, para poder adoptar. Afectando este hecho al procedimiento que deben llevar a cabo las uniones de hecho para adoptar.

Uno de los requisitos para poder iniciar los expedientes de adopción, es lograr la propuesta previa por parte de la Entidad Pública antes de solicitar la adopción al órgano judicial (cfr. art. 176 CC).

La adopción se constituye por resolución judicial pero previamente el adoptante debe haber superado un trámite administrativo. Debe ser el adoptante el que se dirija a los Servicios de Protección de Menores de su Comunidad Autónoma, en nuestro caso las Islas Baleares, y solicitar el certificado de idoneidad. A partir de este momento, comienza un proceso de entrevistas, visitas al domicilio, petición de numerosos documentos, realización de un curso de preparación, etc.⁹.

Si los adoptantes superan todas estas pruebas, la Entidad Pública acredita como idóneos para el ejercicio de la patria potestad a las personas que desean adoptar. Con este trámite, se pretende garantizar que la adopción sea beneficiosa para el menor y que la familia que lo va a adoptar posea las condiciones necesarias para proporcionar un entorno adecuado al menor¹⁰.

No obstante, la propuesta o declaración de la entidad pública no será necesaria cuando se trate del “*hijo del consorte del adoptante*” (cfr. art. 176.2 CC). Se debe entender aquí, en base a la equiparación entre matrimonio y pareja de hecho antes comentada, que tampoco hará falta dicha declaración por parte de la Entidad Pública si se trata del hijo de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal (cfr. AAP de Valladolid de 12 de junio 2000. AC 2000/1625; AAP de Cantabria de 29 de julio 1996. AC 1996/1365).

En nuestro supuesto, pueden existir dudas sobre si esta declaración es necesaria o no para iniciar la adopción. En la primera pregunta del caso, se veía como Leticia y Felipe inscribían su pareja de hecho en el Registro de Parejas de Hecho de las Islas Baleares, constituyendo así su unión. Se veía también cómo, a pesar de su inscripción en el registro, la pareja de hecho no era válida al no cumplir todos los requisitos establecidos por la LPEIB.

Si finalmente la pareja de hecho se mantiene en el Registro como válida, tal propuesta de idoneidad por la Entidad Pública no sería necesaria. Y Leticia y Felipe podrían solicitar la adopción directamente al órgano judicial mediante demanda de adopción con consentimiento de Leticia y de Antonio, al ser mayor de doce años (cfr. art. 177 CC). En esta solicitud se deben expresar (cfr. art. 3 Ley de 1987):

- Condiciones personales, familiares y del entorno donde viviría el adoptado.
- Los medios de vida del adoptante.
- La relación entre adoptante y adoptado.
- Y la alegación y pruebas pertinentes.

⁹ Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 313-314.

¹⁰ Martínez de Aguirre Aldaz, C. et al.: *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*, op. cit., p. 456.

Ahora bien, si la unión de hecho de Leticia y Felipe llega a ser declarada nula, la declaración de idoneidad por parte de la entidad pública sería necesaria, ya que Felipe no se encontraría en las excepciones del artículo 176.2 Código civil.

C. Requisitos generales para adoptar

Aunque no se requiera de una propuesta previa al ser pareja de hecho, Leticia y Felipe sí deben cumplir con otros requisitos para que la adopción salga adelante.

El artículo 177.1 Código civil establece que el adoptante y el adoptado mayor de doce años, deben consentir la adopción. En el caso presente, Antonio tiene 13 años, por lo que tanto él como Felipe deberán prestar consentimiento en presencia del Juez.

El consentimiento del menor mayor de doce años, se exige con el fin de tener en cuenta la decisión del adoptado antes de constituir un vínculo que debe responder a su propio interés (cfr. art. 176.1 CC) y que será irrevocable (cfr. art. 180.1 CC).

El adoptante, Felipe, deberá emitir una declaración manifestando la voluntad de adoptar a Antonio. Por su parte, Antonio, deberá emitir otra declaración manifestando la voluntad de querer ser adoptado por Felipe. La resolución judicial de la adopción deberá tener en cuenta y valorar estas declaraciones¹¹. Por ello, en cuanto a la forma en la que deben emitirse estas declaraciones, el artículo 177.1 Código civil establece que el consentimiento a la adopción debe prestarse “*en presencia del juez*”.

El Código civil, afirma que también deben asentir la adopción los padres del adoptado. Este asentimiento será necesario salvo que los padres biológicos de Antonio se encuentren privados legalmente de la patria potestad o se encuentren imposibilitados para ello (cfr. art. 177.2 CC).

En el caso de Felipe y Leticia, se aclara que el padre biológico de Antonio falleció a los pocos años de nacer este, y desde entonces, Leticia lo ha cuidado sola. Es evidente, que ante estos hechos, el padre biológico está imposibilitado para asentir la adopción. Por ello, la demanda debe ir acompañada únicamente por el consentimiento de Felipe, de Antonio, por tener más de doce años y el asentimiento de Leticia, al ser la madre biológica.

Al mismo tiempo, el Código civil establece que el adoptante, Felipe en nuestro caso, debe tener veinticinco años para poder adoptar (cfr. art. 175.1 CC). Y que el adoptado, Antonio, no puede ser ni descendiente, ni pariente en segundo grado colateral por afinidad o consanguinidad, ni pupilo bajo su tutela (cfr. art. 175.3 CC). Requisitos que cumplen perfectamente ya que en 2014 Felipe tenía 26 años y Antonio ni es su descendiente ni pariente de segundo grado. Al igual que Felipe no es tutor del hijo biológico de Leticia.

Pero en cuanto a la edad, el artículo 175.1 Código civil también afirma que el adoptante “*habrá de tener, por lo menos, catorce años más que el adoptado*”. Con la reforma de 2015, se incluye una pequeña apreciación y se establece que el requisito de la diferencia de edad no es aplicable cuando se trate de la adopción de su cónyuge o pareja de hecho (cfr. art. 2 Ley de 2015). En la Ley de 1987 esta apreciación no estaba incluida y la diferencia de edad de catorce años entre adoptante y adoptado debía ser cumplida en cualquier caso, también siendo pareja de hecho.

¹¹ Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, op. cit., p. 315.

Se ha reflejado en alguna ocasión que en el año 2014, cuando se inician los trámites de adopción, Antonio tenía 13 años mientras que Felipe, 26 años. En este caso, tienen una diferencia de edad de trece años. En consecuencia, no cumplen con el requisito del artículo 175 Código civil.

En base a la Ley de 1987, la diferencia de edad entre adoptante y adoptado tiene que cumplirse sin excepciones. Por lo que, aun cumpliendo todos las demás exigencias legales, la adopción no podría llevarse a cabo al no tener catorce años de diferencia de edad entre el adoptante, Felipe, y el adoptado, Antonio.

D. Conclusiones

Aunque existe una regulación actual sobre materia de adopción, los trámites para adoptar a Antonio, el hijo biológico de Leticia, se iniciaron en 2014. Fecha en la que todavía no se encontraba vigente la actual reforma y por lo que se debe recurrir a la Ley de 1987.

Esta ley establece que todos aquellos preceptos referidos al matrimonio debían ser plenamente equiparables a las parejas de hecho. Por lo tanto, Leticia y Felipe no necesitarían de una propuesta previa de la Entidad Pública para iniciar los trámites si su pareja de hecho fuera reconocida como válida en las Islas Baleares. Ahora bien, si la unión de hecho entre Leticia y Felipe finalmente es anulada, ya no se encontrarían dentro de las excepciones del artículo 176.2 Código civil y la declaración de idoneidad por parte de la entidad pública sería necesaria.

Reconocida o no la pareja de hecho de Leticia y Felipe en las Islas Baleares, el adoptante debe cumplir con otros requisitos para poder adoptar a Antonio. Entre Felipe, adoptante, y Antonio, adoptado, existe una diferencia de edad de trece años, diferencia que no es suficiente para que Felipe pueda adoptar a Antonio (cfr. art. 175 CC). Y como consecuencia, la adopción no sería posible en base a la Ley de 1987.

IV. ¿Las actuaciones de Felipe son constitutivas de delito?

A. Ideas previas

A continuación se estudiará si los actos llevados a cabo por Felipe sobre su mujer Leticia, son constitutivos de un delito.

Se analizará si las actuaciones de Felipe se deben integrar en un delito de lesiones con componente de género (art. 148.4 CP), en un delito de violencia doméstica habitual (art. 173.1 CP) o en un delito de violencia de género ocasional (art. 153.1 CP). También se determinará si los analgésicos y el collarín proporcionados por el médico son considerados como tratamiento médico o no, influyendo este hecho en la calificación del delito cometido.

B. Violencia doméstica habitual o violencia de género

La integridad física y moral es un derecho fundamental protegido por la Constitución española en su artículo 15. Y como derecho que es, toda persona que “*causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental*” será castigado (cfr. art. 147.1 CP).

Debemos entender por lesión corporal todo acto que genere “un daño en el cuerpo, una pérdida de sustancia corporal, una perturbación de las funciones del cuerpo, o una modificación de la forma de alguna parte del cuerpo” (STS de 9 junio 1998. RJ 1998/5159). Pero las lesiones no solo se producen físicamente, sino que el agresor también puede estar produciendo malestares como terror o asco, es decir, actos que menoscaben la salud mental de la víctima (STS de 9 de junio 1998. RJ 1998/5159).

El artículo 147.1 Código penal no protege únicamente la integridad corporal sino que también protege la vertiente psíquica del ser humano, es decir, el bien jurídico protegido es la salud de las personas. El concepto de salud engloba tanto aquellas agresiones materiales con resultado de daños físicos como cualquier otra forma de agresión que ocasione padecimientos o secuelas psíquicas. Por lo tanto, cabe considerar que un menoscabo transitorio de la salud mental es suficiente para configurar la gravedad requerida por el tipo del delito de lesiones (cfr. STS de 28 de febrero de 2005. RJ 2005/7470).

Estas lesiones pueden estar ocasionadas “*por cualquier medio o procedimiento*” (cfr. art. 147.1 CP). Por lo que las lesiones pueden haber sido provocadas por actos de violencia física pero también por medios no estrictamente materiales (cfr. STS de 8 de octubre de 1999. RJ 1999/8117).

El apartado uno del artículo 147 Código penal establece que las lesiones de este tipo serán castigadas si para su sanación se requiere “*además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico*”. Por ello, aquellos menoscabos que no sean tan graves y que sanen espontáneamente serán constitutivos de lesiones leves, así como aquellas lesiones que solo requieran una única asistencia médica sin tratamiento posterior (cfr. art. 147 apartado 2 y 3 CP).

La asistencia facultativa se puede entender como la atención o cuidados que los profesionales de la sanidad prestan a quienes los necesita para disminuir, eliminar o evitar

el menoscabo de la salud. La asistencia facultativa equivale al diagnóstico o exploración médica inicial (cfr. STS de 22 de mayo de 2002. RJ 2002/6844).

El problema surge a la hora de delimitar qué es y qué no es tratamiento médico. Se entiende que un tratamiento médico es aquella acción prolongada más allá del primer acto médico, que supone una reiteración de cuidados para la curación total de la lesión o para tratar de reducir sus consecuencias (cfr. STS de 23 de noviembre de 2005, RJ 2006/728).

El propio artículo 147.1 Código penal ofrece una pequeña pista al establecer en sus últimas líneas que la simple vigilancia o el seguimiento facultativo de la lesión no se puede considerar tratamiento médico. Además, el precepto habla de requerir “*objetivamente*”, es decir, que el tratamiento sea imprescindible para la curación.

Lo normal es que si la lesión requiere de tratamiento, el médico lleve a cabo después de la primera asistencia facultativa, otras intervenciones para la cura de la lesión. Sin embargo, nada impide que el conjunto de asistencias médicas se sustituya por un tratamiento impuesto en una única asistencia, que se desarrolle posteriormente sin un seguimiento o atención médica específica. Es decir, es posible que en una sola asistencia médica se imponga el tratamiento médico (cfr. STS de 22 de mayo de 2002. RJ 2002/6844).

Según el Tribunal Supremo no importa si el tratamiento es llevado a cabo por el propio médico, por auxiliares sanitarios o por el paciente (cfr. STS de 28 febrero 2005, RJ 2005/7470). Por lo que la ingesta por el propio lesionado de analgésicos, antiinflamatorios o antibióticos es considerado por el Tribunal Supremo como tratamiento médico ya que, la prescripción y administración de estos fármacos se engloba dentro de la planificación de un sistema curativo impuesto por un titulado en medicina (cfr. STS de 6 de febrero de 2014. RJ 2014/1617; STS de 14 de mayo de 2004. RJ 2004/3775). Es decir, estos fármacos no se tomarían por voluntad del paciente, sino conforme a un plan médico con una dosificación y administración que el lesionado debe seguir (cfr. STS de 21 de marzo de 2006. RJ 2006/5252).

Por otro lado, la pena del tipo básico de lesiones del artículo 147.1 Código penal se verá incrementada si la conducta contiene un elemento de género, es decir, si la víctima “*fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, a un sin convivencia*” (cfr. art. 148.4 CP). Por ello, cuando las lesiones del artículo 147.1 Código penal son producidas por un hombre hacia su cónyuge o pareja femenina, se agravará la pena en base al **artículo 148.4 Código penal**.

La violencia de género es un problema sobre el que la sociedad ha tomado mayor conciencia en los últimos años. Prueba de ello es la agravación sistemática de las penas cuando un hecho delictivo se comete en este contexto¹².

El artículo 148.4 Código penal no es el único precepto que castiga estos actos en la regulación penal. El legislador incluyó en el Código penal la violencia de género ocasional en el **artículo 153.1**.

Este precepto castiga el ejercicio de violencia no constitutiva de lesión que, si no fuera por su componente de género, se castigaría como meros delitos leves¹³. Si las

¹² Silva Sánchez, J. M. et al.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2015, p. 120.

¹³ Silva Sánchez, J. M. et al.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 89.

agresiones fueran de mayor gravedad, no se podría aplicar este precepto y se debería acudir al artículo 148 Código penal para castigar la conducta.

En el precepto de violencia de género ocasional la agravación de la pena se produce por la existencia de una relación especial entre el autor y la víctima: “*cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia*” (cfr. art. 153.1 CP).

Otro mecanismo para agravar la pena cuando el hecho delictivo se comente en este contexto es el **artículo 173.2 Código penal**. Este precepto castiga la violencia física o psíquica habitual contra personas del entorno familiar que convivan o no con el agresor. La conducta tipificada en el artículo 173.2 CP consiste en ejercer habitualmente violencia física o psíquica respecto de una serie determinada de personas que conformen en entorno familiar del agresor:

- Toda persona que conviva con el autor del delito, independientemente de su vinculación personal: cónyuges, hijos, padres, suegros, hermanos e incluso extraños. El requisito es que convivan estrechamente (cfr. STS de 17 de diciembre de 2008. RJ 2009/435).
- Quienes sean o hayan sido cónyuges o personas ligadas al autor por una relación análoga de afectividad aunque no exista convivencia.
- Personas especialmente vulnerables sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

El artículo 173.2 CP no solo castiga un delito de lesiones leves o maltrato, sino que también abarca los actos de violencia psíquica: vejaciones, insultos, amenazas, privación de la autonomía... (cfr. SAP de Madrid de 22 de marzo de 2007. ARP 2007/479; SAP de Lérida de 2 de febrero de 2011. ARP 2011/534).

En cuanto al requisito de habitualidad, el artículo 173.3 Código penal establece que se debe atender “*al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos*” con independencia de que los actos violentos ya hubieran sido enjuiciados en previos procesos.

Por lo tanto, según el apartado 3 del artículo 173 Código penal no influye que el agresor haya cometido los mismos actos delictivos previamente y estos ya hubieran sido juzgados. Ni tampoco afecta a la aplicación del delito de violencia habitual que los delitos de agresiones anteriores hayan prescrito. En ambos casos, tanto si ya han sido juzgados como si han prescrito, estos actos se tendrán en cuenta para apreciar la habitualidad (cfr. STS de 20 de abril de 2015. RJ 2015/1541).

La cuestión más controvertida sobre la violencia habitual se refiere al número de veces que el agresor debe cometer un acto violento para que se considere habitual. El Tribunal Supremo afirma que el concepto de habitualidad se caracteriza por: pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad de sujeto pasivo siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar e independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior (cfr. STS de 28 de febrero de 2005. RJ 2005/7470).

Durante mucho tiempo el Tribunal Supremo afirmaba que la habitualidad surgía a partir de la tercera acción violenta, en base al artículo 94 Código penal de sustitución de las penas (cfr. STS de 18 de abril de 2002. RJ 2002/5562). En la actualidad, la jurisprudencia entiende que lo importante no es el número de agresiones probadas sino la existencia de un estado de clima de violencia permanente, es decir, episodios extremadamente violentos, de una gravedad extraordinaria, sin que se trate de actos efímeros. Debe tratarse de una conducta violenta, despótica, abusiva, de miedo,

humillante y degradante del acusado hacia su mujer, mantenida en el tiempo con una actuación reiterada de maltrato físico y psíquico (cfr. STS de 10 de julio de 2006. RJ 2006/4492).

El bien protegido por el artículo 173.2 Código penal es la dignidad de la persona y su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la familia, al tiempo que se protege también la paz familiar como bien jurídico colectivo (cfr. STS de 3 de octubre de 2008. RJ 2008/6418). Por ello, el Tribunal Supremo afirma que “habitualidad” es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. No es un determinado número de agresiones lo que caracteriza la violencia habitual sino, la relación entre autor y víctima más la frecuencia de esos actos violentos (cfr. STS de 28 de febrero de 2005. RJ 2005/7470).

Para concluir, se debe diferenciar el componente de género característico del artículo 153.1 Código penal que no se encuentra en el precepto de violencia habitual. En el último caso, el artículo 173.2 Código penal no castiga los actos violentos cometidos por un hombre sobre su pareja femenina sino que se aplicará tanto si el delito es cometido por el hombre como por la mujer. Prueba de ello es que en el artículo 153.1 Código penal se utiliza la expresión “*cuando la ofendida sea o haya sido esposa*” mientras que el artículo 173.2 Código penal utiliza la palabra “*cónyuge*” para referirse a ambos miembros del matrimonio¹⁴.

C. Calificación jurídica de las actuaciones de Felipe

Volviendo al caso que nos atañe, en la relación personal entre Leticia y Felipe se deben analizar dos momentos clave. El primero de ellos se produce en marzo de 2016 cuando Felipe, en medio de una discusión con su mujer, le propina un empujón por el cual Leticia debe tomar analgésicos para el dolor suministrados por su médico. El segundo incidente se produce en junio de 2016 cuando Felipe al llegar a casa golpea a Leticia repetidamente hasta que esta cae al suelo. En esta ocasión a Leticia se le recetan analgésicos, se le venda el pie derecho y se le prescribe el uso de collarín a causa de un fuerte dolor en el cuello.

Además, a lo largo del caso se afirma que Felipe está constantemente pendiente de Leticia, queriendo saber todo el rato dónde está, con quién, a qué hora regresará, etc. Igualmente, Felipe ha menospreciado en varias ocasiones el trabajo de su mujer en casa ya que “es lo mínimo que debe hacer si soy yo el que trabajo”.

Son dos los momentos en los que Felipe actúa violentamente sobre Leticia produciéndole daños físicos. Pero esas actuaciones, a nuestro juicio, no llegan a generar un episodio exageradamente violento. Ni el menosprecio que muestra Felipe sobre Leticia es de tal magnitud que genere un estado crónico de hostilidad o humillación en su mujer.

Como se ha visto, el Tribunal Supremo no aprecia el número de veces que se comete un acto violento sino la magnitud de esas agresiones. El trato de Felipe debe establecer un ambiente de dominación y temor, un clima constante de maltrato donde la violencia esté constantemente presente, no solo frente a su mujer Leticia sino también con el resto de su entorno familiar para poder apreciar habitualidad en sus acciones.

¹⁴ Silva Sánchez, J. M. et al.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 122.

De los datos extraídos del presente caso, se afirma que Felipe se preocupa por saber dónde está su mujer en cada momento y de vez en cuando, desprestigia su trabajo en la casa familiar.

En los antecedentes de hecho también se recalca que las discusiones en el matrimonio eran cada vez más habituales. Pero en ningún momento se manifiesta una actitud dominante o de humillación de Felipe hacia su mujer. Es más, se afirma que Leticia tiene un carácter bastante “*fuerte y obstinado*”, el cual muchas veces es el que provoca el inicio de las discusiones matrimoniales. Se afirma también que Antonio, el hijo biológico de Leticia, se ha puesto en más de una ocasión del lado de Felipe. Además, el hecho de que Felipe quisiera adoptar a Antonio hace pensar que entre ellos existe una buena convivencia.

Por lo que, a nuestro juicio no se aprecia una situación tan grave de dominación y humillación sobre la víctima y su entorno familiar que pueda justificar la habitualidad requerida en el artículo 173.2 Código penal.

No habiendo lugar a la habitualidad, se debe discutir entonces si las actuaciones de Felipe son constitutivas de un delito de lesiones del artículo 148.4 Código penal o del artículo 153.1 Código penal ya que la víctima es la esposa del agresor, requisito fundamental para poder aplicar cualquiera de los preceptos.

Para que las actuaciones de Felipe entren dentro del delito tipificado por el artículo 148.4 Código penal, se deben producir lesiones para las que se requiera asistencia facultativa más tratamiento médico posterior.

En los antecedentes de hecho se afirma que Leticia acude al médico para un primer diagnóstico, cumpliéndose así el requisito de asistencia facultativa. Como causa de esta visita médica, a Leticia se le recetan analgésicos, se le venda el pie derecho y se le prescribe el uso de collarín.

La utilización de vendajes para la curación de lesiones en la primera asistencia facultativa no es considerada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como tratamiento médico. El Tribunal afirma que este tipo de atenciones curativas no requiere de una planificación médica y en muchos casos, ni siquiera requiere de prescripción por parte de un titulado en medicina (cfr. STS de 22 de mayo de 2002. RJ 2002/6844).

En cuanto a los analgésicos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo acepta que los fármacos prescritos por el médico aunque ingeridos por el propio paciente sean considerados tratamiento médico. Ya que, la prescripción y administración de estos fármacos entra dentro de la planificación sanitaria para la cura de las lesiones (cfr. STS de 6 de febrero de 2014. RJ 2014/1617; STS de 14 de mayo de 2004. RJ 2004/3775).

Por su parte, el Tribunal Supremo afirma que el uso del collarín se debe considerar como un tratamiento que tiene una indudable naturaleza curativa cuando se trata de reparar el daño ocasionado. Además, más allá de la primera asistencia, ha existido un intervalo temporal relevante de sumisión a un tratamiento medicinal curativo (cfr. STS de 2 de julio de 1999. RJ 1999/5807).

El tener que llevar un collarín cervical constituye un sistema curativo prescrito con tal finalidad por un titulado en medicina, aunque ese tratamiento se encomiende a auxiliares sanitarios o al propio paciente (STS de 7 de abril de 2006. RJ 2006/2246).

El hecho de que tanto la primera asistencia facultativa como el tratamiento médico prescrito a Leticia se den en el mismo momento, no afecta a la calificación del delito de lesiones. La jurisprudencia entiende que en una sola asistencia médica se puede imponer el tratamiento médico (cfr. STS de 22 de mayo de 2002. RJ 2002/6844).

Considerando entonces que tanto los analgésicos como el uso de collarín son tratamiento médico, señal de que se ha producido un resultado de lesión, las actuaciones de Felipe constituirían un delito de lesiones del artículo 147.1 Código penal. La pena se vería agravada al ser la víctima la esposa de Felipe constituyendo un delito de lesiones agravado por el componente de género del artículo 148.4 Código penal.

Además, la consideración de los analgésicos y el uso de collarín cervical como tratamiento médico descarta la posible aplicación de un delito de violencia de género ocasional (artículo 153.1 Código penal) ya que solo se aplicaría este precepto si no hubiera lesiones o estas fueran de menor gravedad.

D. Conclusiones

El Código penal cuenta con instrumentos para castigar aquellas acciones violentas producidas por Felipe hacia su mujer. La calificación de los actos producidos por el marido de Leticia dependerá de si hay o no resultado de lesión, habitualidad y asistencia facultativa más tratamiento médico.

Se ha visto como a causa de los empujones de Felipe, Leticia finalmente acaba acudiendo al médico con un fuerte dolor cervical recetándose para su sanación analgésicos y el uso de collarín. Se ha visto como ambas prescripciones médicas son consideradas como tratamiento médico y que el ambiente familiar no es de tal magnitud como para que los desprecios de Felipe a su mujer puedan entrar dentro del concepto de habitualidad del artículo 173.2 Código penal.

Por lo tanto, descartando la habitualidad y ante un resultado de lesiones con una primera asistencia médica más posterior tratamiento médico, las actuaciones de Felipe serán penadas en base al artículo 148.4 Código penal por un delito de lesiones con agravante de género.

V. ¿Puede Leticia solicitar el divorcio? Y en su caso: ¿les corresponde a Antonio y Lucía pensión de alimentos?

A. Ideas previas

Ante las lesiones cometidas por Felipe a su mujer, esta decide divorciarse. En las siguientes líneas, se analizará si Leticia puede solicitar el divorcio y que debe hacer para conseguirlo. Se estudiará también si ante el divorcio de la pareja, a Antonio y Lucía les corresponde una pensión de alimentos por parte de Felipe. Y en caso de que no haya lugar para la pensión de alimentos, se analizará si Leticia tiene otros medios para mejorar su situación económica.

B. Demanda de divorcio

El artículo 85 Código civil establece que el matrimonio “*se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio*”.

El divorcio como causa de disolución del matrimonio fue una de las novedades más importantes de la Ley 30/1981, de 7 de julio, y se puede definir como aquella institución legal que permite la disolución del matrimonio en vida de ambos cónyuges¹⁵. Su fundamento radica en el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad (cfr. art. 10.1 CE) y se manifiesta como un derecho personalísimo de ambos cónyuges.

La regulación del matrimonio sufrió un gran cambio con la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (en adelante Ley de 2005). Antes de esta reforma los cónyuges solo podían divorciarse si concurría alguna de las causas tasadas en el Código civil, si había acuerdo entre ambos miembros del matrimonio y además, previamente al divorcio, los cónyuges debían acceder a un periodo previo de separación. Solo en casos excepcionales los cónyuges podían optar directamente por el divorcio sin pasar por la previa separación.

Con la entrada en vigor de la Ley de 2005 el legislador modifica y actualiza la regulación en materia de divorcio regulada en el artículo 85 y siguientes del Código civil. Esta reforma suprime la necesidad de separarse previamente para después poder divorciarse. La nueva ley permite acceder directamente al divorcio y que sea solicitado únicamente por uno de los cónyuges, sin acuerdo entre las partes (cfr. art. 86 CC). Por lo que, en el presente caso Leticia podría solicitar el divorcio siendo indiferente la conformidad de su todavía marido.

Además, la reforma de 2005 suprime la necesidad de alegar alguna causa para poder divorciarse y se reduce el plazo para poder solicitar el divorcio a tres meses, desde que se contrae matrimonio. Este plazo no será necesario si se está ante un caso de violencia de género (cfr. arts. 86 y 81 CC).

¹⁵ Bercovitz Rodríguez-Cano, R. et al.: *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Bercal, Madrid, 2015, p. 96.

En el presente caso, Leticia y Felipe contraer matrimonio en Barcelona ante la alcaldesa el 25 de mayo de 2015. El divorcio se solicitaría tras las acciones violentas producidas por Felipe el 16 de junio de 2016. Transcurridos por lo tanto más de tres meses entre la celebración del matrimonio y la solicitud del divorcio. Plazo que no es necesario cumplir si, como se vio en la tercera pregunta del presente caso, se certifica que Felipe cometió un delito de lesiones del artículo 148.4 Código penal sobre su mujer.

Lo único que debería presentar Leticia junto con la demanda de divorcio es la propuesta del convenio regulador exigido por el artículo 81 Código civil y regulado en el artículo 90 Código civil, al que en breve se hará referencia.

Todo ello teniendo en cuenta que no puede haber divorcio si no hay matrimonio. Se debe recordar que Leticia y Felipe tienen una relación de parentesco colateral de tercer grado, es decir, son tía y sobrino. Impedimento que no permitía la validez del matrimonio (cfr. art. 47 CC) salvo que se solicitase la dispensa correspondiente al juez (cfr. art. 48 CC).

Para que Leticia pueda solicitar el divorcio, previamente se le debe haber concedido la dispensa que convalidaría la unión matrimonial inicialmente nula. Como se vio en la primera pregunta de este caso, el procedimiento para solicitar la dispensa se encuentra regulado en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y, entre otros requisitos, se exige una justa causa para acreditar el matrimonio.

No hay límite de tiempo para solicitar la dispensa, por lo que Leticia podría argumentar en cualquier momento como justa causa la convivencia prolongada con Felipe así como el mejor interés tanto para ella como para sus hijos¹⁶.

Aceptada y concedida la dispensa, el matrimonio de Felipe y Leticia se vería convalidado desde su celebración. Y el proceso de divorcio se podría llevar a cabo sin ningún tipo de impedimento, produciendo efectos la disolución del matrimonio desde su declaración en sentencia firme (cfr. art. 89 CC).

Ahora bien, el problema está si el Juez finalmente no concede la dispensa. Si la dispensa no fuera concedida por el Juez, la unión matrimonial de Leticia y Felipe sería nulo y no se podría solicitar la disolución del matrimonio mediante divorcio.

C. Pensión de alimentos

Cuando Leticia solicite el divorcio amparada en el artículo 86 Código civil, a la demanda deberá acompañarle una propuesta de convenio regulador que deberá contener, al menos, los siguientes extremos (cfr. art. 90 CC):

- El cuidado de los hijos que estén sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de esta y el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.
- La atribución del uso de la vivienda familiar.
- La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos.
- La pensión que correspondiere satisfacer a uno de los cónyuges.

El artículo 90 Código civil establece otros requisitos que deben ser tratados en el convenio regulador pero que no afectan a nuestro caso y que por lo tanto no se analizarán.

Entendemos que en dicho convenio regulador y respaldándose en el interés de sus hijos, Leticia solicitaría la custodia exclusiva de Leticia y Antonio amparándose en que

¹⁶ Martínez de Aguirre Aldaz, C. et al.: *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*, op. cit., p. 124.

Felipe viaja constantemente por motivos de trabajo y cambia de residencia habitual con bastante frecuencia. Estos cambios constantes podrían afectar a los niños todavía menores de edad.

El artículo 92.7 Código civil establece que la guarda conjunta no será posible cuando alguno de los progenitores este incurso en un proceso penal “*por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos*”.

La custodia compartida requiere que los padres mantengan una relación de respeto para beneficiar al menor. Una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores por la ruptura matrimonial, y otra distinta que la relación se vea tachada por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar. El artículo 2 de la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno libre de violencia y que de no ser así, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés (cfr. SAP de Valencia de 19 de diciembre de 2016. JUR 2017/41382).

El Juez, en todo caso, velará por el derecho de los menores a ser oídos y recabará el informe del Ministerio Fiscal para determinar qué régimen de guarda debe adoptar (cfr. art. 92.6 CC). Aunque, dadas las actuaciones violentas que se analizaron en la tercera pregunta del caso, cometidas por Felipe hacia su mujer y en principio constitutivas de un delito de lesiones con el agravante de género del artículo 148.4 Código penal, parece razonable que el Juez imposibilitaría la opción de custodia compartida.

Se entiende por tanto que la custodia de los niños recaerá exclusivamente en manos de Leticia. Y como consecuencia de esto, el progenitor sobre el que recaiga la guarda y custodia será también beneficiario de la atribución de la vivienda, así como de la correspondiente pensión de alimentos¹⁷.

Se analizará a continuación si efectivamente también se le otorgaría una pensión de alimentos para los hijos de Leticia.

- En cuanto a la pensión de alimentos de Lucía:

El artículo 92.1 Código civil establece que la separación, nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con sus hijos. Por lo que aunque Leticia y Felipe se acaben divorciando o bien su matrimonio sea declarado nulo, en ambos casos seguirían siendo responsables del cuidado de sus hijos.

Por pensión de alimentos se entiende “*todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica*”. Los alimentos también comprenden la educación e instrucción del niño mientras sea menor de edad (cfr. art. 142 CC).

La hija biológica de Felipe y Leticia, Lucía, todavía es menor de edad, teniendo en el momento del divorcio apenas dos meses de vida. Aunque la pensión de alimentos siempre podrá mantenerse aun después de cumplir la mayoría de edad si Lucía no ha terminado su formación (cfr. art. 142 CC).

Si finalmente el divorcio se lleva a cabo y la custodia de Lucía recae exclusivamente en Leticia, el divorcio le estaría produciendo un desequilibrio económico

¹⁷ García Rubio, M. P. y Otero Crespo, M.: “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 8, 2006, p. 75.

a la progenitora. Leticia dejó su trabajo y abandonó su casa en Madrid para irse a vivir con Felipe a Palma de Mallorca el 15 de junio de 2014. Y desde aquel momento la pareja ha vivido del gran sueldo de Felipe, el cual insistió a Leticia que no hacía falta que trabajara y que no se preocupara de nada ya que “*él puede mantenerla tanto a ella como a su hijo*”. Además, el matrimonio se ha ido mudando de casa en casa por exigencias del puesto de trabajo de Felipe, dejando a Leticia sin ningún lugar de residencia.

Por el contrario, Felipe cobra un sueldo de 5000€ netos mensuales y la vivienda de Palma de Mallorca es de su propiedad.

El artículo 148 Código civil establece que la obligación de dar alimentos es exigible “*desde que los necesitare para subsistir*”.

Entre Lucía y Felipe existe una relación de parentesco, es su hija biológica. Además, la situación económica de Leticia al divorciarse y la edad de Lucía hacen que se genere un estado de necesidad donde la pensión de alimentos por parte de Felipe debe proceder. Así, los alimentos están totalmente justificados debido a las posibilidades de Felipe y la edad y necesidades de su hija.

Aunque no existe un criterio fijo para determinar la cantidad a pagar por parte de Felipe en concepto de alimentos, la cantidad “*será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe*” (artículo 146 CC). Felipe cobra 5.000€ netos mensuales, por lo que la pensión de alimentos aumentaría o disminuiría siempre en función de estos ingresos y de las necesidades de manutención de Lucía (cfr. art. 147 CC). Salvo que los ingresos de Felipe descendieran de tal manera que no permitiesen seguir haciendo frente a la pensión de alimentos (cfr. art. 152.2 CC).

- En cuanto a la pensión de alimentos de Antonio:

Si Antonio fuera hijo biológico de Felipe, no habría problema para la otorgación de la pensión de alimentos, ya que se aplicarían los mismos criterios que para su hija Lucía. El problema radica en que Antonio no es hijo biológico de Felipe. En un primer momento, Felipe quiso adoptar al hijo de Leticia, pero la adopción no se pudo llevar a cabo ya que la Ley de 1987 exigía una diferencia de edad entre adoptante y adoptado de catorce años, requisito que Antonio y Felipe no cumplen al haber entre ellos únicamente trece años de diferencia (cfr. pregunta dos del presente caso).

El artículo 39 Constitución española establece que los hijos “*son iguales ante la ley con independencia de su filiación*” y no se puede discriminar a nadie por razón de nacimiento para la aplicación de la ley (cfr. art. 14 CE). Por ello, los hijos adoptivos tienen el mismo derecho a una pensión de alimentos que cualquier otro hijo biológico, ya que la filiación matrimonial, no matrimonial y la adoptiva surten los mismos efectos (cfr. art. 108 CC).

Por ello, la única manera que tiene Leticia de reclamar una pensión de alimentos para Antonio sería que finalmente Felipe lo adoptara.

Se ha visto que en el momento en que inician la adopción, el 2 de agosto de 2014, la adopción no sería aceptada por el Juez en base a la legislación vigente en ese momento. Por ello, para que la adopción finalmente resulte aceptada, Felipe y Leticia deberían paralizar los trámites e iniciarlos nuevamente a partir de agosto de 2015.

Si los tramites se inician a partir de esa fecha, a la adopción se le aplicaría la nueva Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia (en adelante Ley de 2015).

La Ley de 2015 exige al menos una diferencia de edad de 16 años entre adoptante y adoptado (cfr. art. 175.1 CC). Diferencia de edad que tampoco cumplen Felipe y Antonio, los cuales se llevan trece años. Pero a diferencia de la anterior legislación, la Ley de 2015 establece que esa diferencia de edad no será exigida cuando se trate de la adopción del hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal (cfr. art. 175.1 CC).

Por lo tanto, aplicando la Ley de 2015 la adopción del hijo biológico de Leticia por parte de Felipe si se podría llevar a cabo. Ya que, como se ha visto en la segunda pregunta de este caso, adoptante y adoptado cumplían con todos los demás requisitos exigidos para llevar a cabo los trámites de adopción.

Si Antonio es finalmente adoptado por Felipe, le correspondería también una pensión de alimentos en base a los mismos criterios que la pensión de Lucía y debido a que la mala situación económica de Leticia, su madre, es la misma.

Ahora bien, si no hay adopción, Antonio no sería ni hijo biológico ni adoptivo de Felipe por lo que no tendría la obligación de sustentar al hijo de Leticia. Sin una pensión de alimentos para Antonio, la mala situación económica de Leticia agravaría las condiciones de vida de sus hijos, ya que no tiene trabajo y debería cuidar de Lucía (de dos meses de edad), lo que le impediría encontrar un nuevo trabajo en un periodo de tiempo breve. Ante esta necesidad, Leticia tendría dos opciones dependiendo de si su matrimonio es dispensado o declarado nulo:

1. Solicitud de una pensión compensatoria.

Leticia puede recurrir a la solicitud de una pensión compensatoria para ella si el Juez concede la dispensa de matrimonio, convalidando la unión desde su celebración.

La pensión compensatoria nace y es consecuencia del desequilibrio económico producido por la separación o divorcio (cfr. art. 97 CC). La STS de 23 de enero de 2012 (RJ 2012/1990) afirma que por desequilibrio económico se debe entender “un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura”.

La finalidad de la pensión compensatoria no es igualar los ingresos de ambos cónyuges, si no evitar consecuencias injustas surgidas de la disolución del matrimonio atendiendo a las circunstancias personales de cada pareja (cfr. STS de 27 de junio de 2011. RJ 2011/4890).

La Ley de 2005 estableció tres modalidades de pensión compensatoria: pensión compensatoria temporal, pensión compensatoria por tiempo indefinido y la prestación compensatoria única (pago único, de una sola vez sin admisión de plazos, condiciones o términos). La introducción de una pensión compensatoria temporal tiene la finalidad de que cada uno de los cónyuges busque su propia autonomía y autosuficiencia para vivir una vez disuelto el matrimonio, sin que la pensión compensatoria resulte un medio para que el acreedor de la misma no se moleste en recuperar su nivel de vida y cualificación profesional anterior al matrimonio, sobre todo en aquellos casos donde su cifra es elevada.

En el presente caso, se explica que Leticia abandonó su trabajo para irse a vivir a Palma de Mallorca con su pareja Felipe al asegurarle que él se encargaría de todo. Desde entonces su dedicación principal ha sido el trabajo doméstico, ocupándose del cuidado del hogar y su familia. Además, poco antes de solicitar el divorcio nació su hija Lucía, hecho que le podría retrasar el conseguir un trabajo en un periodo breve de tiempo. Ya

que la niña tendría que ser cuidada o bien por su hermano Antonio o bien dejándola en una guardería, para lo que se necesitarían recursos económicos.

El nivel de vida del matrimonio siempre ha sido elevado ya que Felipe cobra en la actualidad un sueldo de 5.000€ mensuales.

El artículo 97 Código civil señala que para decidir la procedencia o improcedencia de la pensión compensatoria se debe fijar en las siguientes circunstancias:

- Los acuerdos que haya establecido el matrimonio.
- La edad y el estado de salud.
- La cualificación profesional y las probabilidades de acceder a un empleo.
- La dedicación pasada y futura a la familia.
- La colaboración con su trabajo en las actividades del otro cónyuge.
- La pérdida eventual de un derecho de pensión.
- El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
- Cualquier otra circunstancia relevante.

En el presente caso, se afirma que Leticia tiene 30 años en el 2014. Por lo que cuando solicita el divorcio en 2016 tendrá una edad de 32 años. No es una persona especialmente mayor para el mercado laboral, pero en ningún momento se hace referencia a que cuente con cierta formación o estudios y todos sus trabajos han sido temporales. Además, ante las acciones violentas cometidas por Felipe, ambos hijos pasarían a vivir exclusivamente con Leticia, que debería hacer frente a todos los gastos que hasta ahora sustentaba su cónyuge.

Por ello, la situación de Leticia podría sufrir un empeoramiento respecto al nivel de vida que llevaba el matrimonio. Perjudicando sobre todo a sus hijos.

El Juez podría considerar la necesidad de esta pensión por parte de Felipe, al menos temporalmente hasta que Leticia pueda incorporarse al mercado laboral y encuentre un trabajo estable que permita hacer frente a los gastos de los niños y que estos noten lo menos posible el empeoramiento en el nivel de vida causado por el divorcio de sus padres.

2. Solicitud de una indemnización.

Si la dispensa no es concedida por el Juez y finalmente el matrimonio de Leticia y Felipe es declarado nulo, Leticia no podría solicitar la pensión compensatoria del artículo 97 Código civil. Pero sí podría recurrir a la aplicación del matrimonio putativo regulado en el artículo 79 Código civil para mantener los efectos de la unión matrimonial. Efectos que, como se analizará en breve, serían muy importantes para Leticia.

El matrimonio putativo protege el principio de protección de la apariencia y al cónyuge de buena fe. Según el artículo 79 Código civil *“la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. La buena fe se presume”*.

Esta figura se aplica en aquellos casos como el nuestro donde el matrimonio es nulo pero se precisa que los efectos producidos por la unión matrimonial desde su celebración, se mantengan respecto de los hijos y para los cónyuges que han actuado de buena fe.

Para que pueda existir un matrimonio putativo debe existir un mínimo de apariencia objetiva de celebración del matrimonio, una sentencia firme de nulidad

matrimonial (siendo indiferente la causa de nulidad) y debe existir buena fe por lo menos por parte de uno de los contrayentes¹⁸.

Que uno de los cónyuges actúe de buena fe implica que se haya casado desconociendo la causa de nulidad del matrimonio. En los antecedentes de hecho se afirma como Leticia y Felipe “*constataron que sin lugar a dudas eran parientes, no siendo esto impedimento para estar juntos*”. De esto se deriva que Leticia se casó con Felipe sabiendo que entre ambos existía una relación de parentesco colateral de tercer grado y que por lo tanto el matrimonio podía ser declarado nulo.

Sin embargo, la buena fe se presume (cfr. art. 79 CC). Presunción *iuris tantum* que deberá ser destruida por aquel que alegue la mala fe. Para que se considere que no ha habido buena fe, la sentencia de nulidad debe afirmar expresamente que esa mala fe se ha comprobado. Así, si Felipe o cualquier otro interesado no logran probar la mala fe de Leticia o no se pide en la demanda que se compruebe tal hecho, se presupone que ella contrajo matrimonio de buena fe.

En cuanto al requisito de apariencia objetiva de celebración, se requiere que el matrimonio haya sido celebrado conforme a cualquiera de las formas establecidas en el Código civil, por lo menos aparentemente. Por lo tanto, debe haber consentimiento matrimonial y se deben haber cumplido con todos los requisitos establecidos en la regulación civil (cfr. arts. 42 a 65 CC). La apariencia objetiva de celebración del matrimonio excluye la aplicación del artículo 79 Código civil a cualquier unión que haya convivido durante toda la vida. Por ello, las uniones de hecho no son equiparables en este aspecto al matrimonio¹⁹.

En el caso de Felipe y Leticia, la pareja contrajo matrimonio en Barcelona ante la alcaldesa, cumpliendo con todas las formalidades exigidas por el Código civil. Por lo que, existiría apariencia objetiva de celebración del matrimonio.

En cuanto a la sentencia de nulidad, solo cuentan con legitimación activa para solicitar la nulidad del matrimonio: los cónyuges, el Ministerio Fiscal y cualquier persona que tenga interés directo y legitimación para ello (cfr. art. 74 CC).

Presuponiendo la buena fe de Leticia, presuponiendo que existe sentencia firme de nulidad y presuponiendo que si ha habido apariencia de celebración del matrimonio al casarse en Barcelona delante de la alcaldesa, existiría matrimonio putativo en la relación de Leticia y Felipe.

Aplicando el carácter de matrimonio putativo, el artículo 98 Código civil permite solicitar una indemnización al cónyuge de buena fe cuyo matrimonio ha sido declarado nulo si ha existido convivencia matrimonial y atendiendo a las circunstancias del artículo 97 Código civil. La indemnización no se puede equiparar a una pensión de alimentos, ni tampoco a la pensión compensatoria del artículo 97 Código civil ya que la finalidad de esta indemnización es la de reparar económicamente los desajustes que pueda ocasionar en el contrayente de buena fe la nulidad del matrimonio (cfr. SAP de Islas Baleares de 23 de mayo de 2006. JUR 2006/190397).

Al seguir los mismos requisitos que la pensión compensatoria, lo lógico sería que el Juez otorgara a Leticia la indemnización en caso de nulidad ya que el divorcio le produce un empeoramiento económico.

¹⁸ Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, op. cit., p. 69.

¹⁹ Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, op. cit., p. 69.

D. Conclusiones

Vistos los requisitos exigidos por el Código civil para poder disolver el matrimonio mediante divorcio (artículos 85 a 89 CC), se puede afirmar que Leticia cumple con todos ellos y que por tanto, podrá solicitar el divorcio sin llegar a un acuerdo con Felipe. Todo ello si el Juez finalmente concedió la dispensa al matrimonio inicialmente nulo, convalidándolo desde su celebración. Ya que si esa dispensa no fue concedida, el matrimonio sería nulo y no se podría solicitar el divorcio.

Tanto si la unión matrimonial de Felipe y Leticia es nula como si finalmente es dispensada, procede la pensión de alimentos para Lucía (hija biológica de ambos) por parte de Felipe. Ya que la nulidad o divorcio no exime a los progenitores de la obligación de cuidar de sus hijos (cfr. art. 92 CC).

En cuanto a la pensión de alimentos para Antonio, esta solo tendría cabida si finalmente la adopción se llevara a cabo en base a la nueva reforma de 2015 en materia de adopción. De no ser así y no finalizar los trámites de adopción, Felipe no tendría la obligación de sustentar a Antonio. Por lo que, ante su mala situación económica, Leticia tendría dos posibilidades: podría solicitar una pensión compensatoria para ella, alegando que el divorcio le produce un desequilibrio económico (cfr. art. 97 CC) o, amparada en la característica de matrimonio putativo de su unión (cfr. art. 79 CC), Leticia podría solicitar una indemnización si su matrimonio es declarado nulo (cfr. art. 98 CC).

VI. ¿A quién debe atribuirse el uso de la vivienda (donde residen actualmente, situada en Lugo)?

A. Ideas previas

En esta última pregunta se analizará a quien debe atribuirse la vivienda situada en Lugo donde Leticia y Felipe residían habitualmente, al producirse la disolución del matrimonio mediante divorcio.

Con la peculiaridad de que la vivienda no es adquirida por ambos cónyuges, sino que fue donada por la madre de Felipe por razón de matrimonio, se analizará si esta donación produce alguna consecuencia a la hora de atribuir la vivienda: si se puede considerar como vivienda familiar y si su titularidad a la hora de ser donada afecta a la atribución a uno u otro cónyuge.

B. Donación por razón de matrimonio

Una semana antes de contraer matrimonio, Felipe recibe como regalo de bodas por parte de su madre María una casa situada en Lugo con la condición de que, en caso de necesitarlo, Felipe cuide de su madre. El titular de la vivienda donada por María a su hijo será precisamente Felipe y no los dos futuros cónyuges.

Ante estos hechos parece que se trata de una donación por razón de matrimonio a favor de un único contrayente.

La vivienda se encuentra situada en Lugo, Galicia. Si se analiza la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia (en adelante LDCG) el requisito para poder realizar una donación por razón de matrimonio en dicha Comunidad Autónoma es que el donante necesariamente ha de tener la vecindad civil gallega para que se le pueda aplicar el régimen de la LDCG²⁰.

En los antecedentes de hecho nada se dice sobre la vecindad civil de María, la madre de Felipe. Pero al donarle una casa en Lugo con la condición de que la cuiden, se puede entender que María también vive en la misma localidad para estar próxima a su hijo.

La vecindad civil puede ser adquirida por residencia continuada durante dos años, si así lo solicita el interesado, o por residencia continuada durante diez años sin que el interesado declare lo contrario (cfr. art. 14 CC). Por lo que, si María no está empadronada en Lugo, podría solicitar o adquirir la vecindad civil por estas dos vías para que se le aplique la LDCG.

En el presente caso, se presupone que María tenía o ha adquirido la vecindad civil gallega para poder realizar la donación por razón de matrimonio a favor de su hijo.

La LDCG regula las donaciones por razón de matrimonio en los artículos 175 a 180. Por donación de matrimonio se debe entender aquellas donaciones que por causa del matrimonio “*cualquier persona haga en favor de alguno de los contrayentes, o de ambos, antes o después de la celebración*” (cfr. art. 175 LDCG). Se debe resaltar que la causa principal de estas donaciones es la futura celebración del matrimonio. Si no hubiera

²⁰ Busto Lago, J. M. et al.: *Curso de Derecho civil de Galicia*, Atelier, Barcelona, 2015, p. 164.

expectativa de unión matrimonial, la donación no podría ser caracterizada por razón de matrimonio y se regularía por la legislación de las donaciones ordinarias.

La peculiaridad de estas donaciones en Galicia es que la LDCG permite la posibilidad de que estas se realicen antes o después del matrimonio, posibilidad no contemplada por el artículo 1336 Código civil que solo considera las donaciones por razón de matrimonio las que se hacen antes de celebrarse el mismo.

El donante podrá ser cualquier persona que pueda contratar y disponer de sus bienes (cfr. art. 624 CC). Y podrá aceptar una donación todos los que no estén especialmente incapacitados por la ley para ello (cfr. art. 625 CC). En las donaciones por razón de matrimonio no es necesario que los donatarios sean ambos cónyuges. Tanto la LDCG como el Código civil permiten la donación a favor de un solo contrayente (cfr. art. 1336 CC y art. 175 LDCG).

La donación es hecha por María con la condición de que su hijo Felipe cuide de ella siempre que lo necesite. Esta condición puede hacer que se confunda la donación con un contrato vitalicio de la LDCG o un contrato de alimentos del Código civil.

Por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar alimentos, comprendiendo esta prestación el sustento, la habitación o vivienda, el vestido, asistencia médica, así como las ayudas y cuidados, incluidos los afectivos, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos (cfr. art. 1791 CC y art. 147 LDCG).

Se trata de un contrato en donde una de las partes cuida de la otra a cambio de la cesión de un determinado bien. En el presente caso Felipe acuerda que cuidará y se preocupará de su madre María a cambio de la vivienda situada en Lugo. Cuidados que se producen cuando la madre de Felipe se cae por las escaleras y se rompe la cadera.

Parece que esa condición de prestar alimentos a su madre otorgaría la característica de contrato vitalicio o de alimentos al acuerdo entre ambos. De todas formas, la vivienda es donada a Felipe antes de su matrimonio y como causa de este. Es decir, parece razonable pensar que si el matrimonio no se hubiera llevado a cabo, María no habría propuesto la donación del piso. El matrimonio es la causa de que esa donación se produzca y por lo tanto, se está ante una donación por razón de matrimonio.

Además, la LDCG permite la posibilidad de que estas donaciones se sometan a condición. El artículo 179 LDCG somete a la donación por matrimonio a la condiciones de que si la unión no se celebre en un plazo de un año, la donación quedaría sin efecto. Pero el artículo 177 LDCG se refiere a otro tipos de condiciones al establecer que este tipo de donaciones “*podrán someterse a condición*” por parte del donante. Por lo que, es posible que el donante someta a la donación por razón de matrimonio a cualquier condición, resolutoria o suspensiva, sin otras limitación que las generales señaladas por el Código civil²¹.

Por ello, María podría donar su vivienda situada en Lugo a su hijo Felipe con la condición de que este cuide de ella en caso de necesitarlo. Y no por ello se estaría ante un contrato vitalicio de la LDCG o un contrato de alimentos del Código civil.

Como se ha dicho anteriormente, las donaciones por razón de matrimonio se pueden realizar por un tercero a favor de uno o de ambos contrayentes (cfr. art. 175 LDCG). En el presente caso María realiza la donación únicamente a favor de su hijo

²¹ Busto Lago, J. M. et al.: *Curso de Derecho civil de Galicia*, op. cit., p. 166.

Felipe, al que establecerá como propietario. Y la donación es llevada a cabo antes de que se celebre el matrimonio.

El Código civil establece que los bienes adquiridos antes de comenzar la unión matrimonial tendrán el carácter de bienes privativos perteneciendo al cónyuge titular del bien, sin entrar a formar parte de la sociedad de gananciales (cfr. art. 1346.1 CC).

Como se ha dicho anteriormente, María establece que en la documentación acerca de la donación de la vivienda situada en Lugo aparecerá únicamente Felipe como propietario. Es evidente que si María quisiera que la vivienda perteneciera a ambos contrayentes hubiera realizado la donación antes de que contrajesen matrimonio a favor tanto de Felipe como de Leticia. O hubiera donado la vivienda a ambos cónyuges una vez celebrado el matrimonio, pasando ésta a integrarse en la sociedad de gananciales (cfr. art. 178 LDCG). Por tanto, la vivienda tendrá carácter privativo y su titularidad pertenecerá a Felipe.

C. Atribución de la vivienda familiar

Por vivienda familiar hay que entender la vivienda en la que los cónyuges cumplen su obligación de vivir juntos (cfr. art. 68 CC). Para que adopte el carácter de familiar, la vivienda debe constituir la residencia habitual de la unidad familiar, donde la familia haya convivido con voluntad de permanencia. Y aunque el Código civil no lo defina expresamente, la noción de vivienda familiar se ha venido interpretando por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en base a lo establecido en el artículo 70 Código civil en relación al domicilio conyugal (cfr. STS de 31 de mayo de 2012. RJ 2012/6560).

La característica fundamental del domicilio conyugal es que debe constituir el lugar donde los cónyuges cumplen su obligación de vivir juntos (cfr. art. 70 CC).

En el presente caso, Leticia y Felipe deciden mudarse a la vivienda situada en Lugo en mayo de 2015 ya que la empresa de tecnología en la que trabaja Felipe cuenta con una sede en dicha provincia. A partir de este momento, el matrimonio convive en esta vivienda con Lucía y Antonio, sus hijos, hasta la disolución del matrimonio en 2016. Prueba de ello es la amistad que Leticia entabla con sus vecinas así como las cenas que preparan en esta casa para celebraciones familiares. Por lo tanto, el matrimonio sí ha convivido de manera habitual en esta residencia haciendo vida familiar en la misma con sus hijos.

Dado el carácter familiar de la vivienda de Lugo, será sobre esta casa sobre la que se discuta a que cónyuge debe ser atribuida. El artículo 96 Código civil establece que si no hay acuerdo entre los cónyuges, “*el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden*”. Por lo tanto, la atribución de la vivienda familiar se realizará en función de la guarda y custodia de los menores.

Si existen hijos menores de edad y todos ellos están bajo la custodia de un solo cónyuge, la vivienda se atribuye a los hijos y al cónyuge que se le otorgue la custodia exclusiva. Esta asignación de la vivienda se hace casi de manera automática como manifestación del principio del interés del menor o *favor filii* (cfr. STS de 5 de septiembre de 2011. RJ 2011/5677).

El principio protegido por el artículo 96 Código civil es el interés del menor que requiere alimentos que deben ser prestados por el titular de la patria potestad. Y entre esos alimentos se encuentra la habitación o vivienda (cfr. STS de 30 de septiembre de 2011. RJ 2011/7387).

El interés del menor debe ser considerado como primordial a la hora de decidir la atribución de la vivienda familiar. En todas aquellas decisiones que afecten a los hijos menores de edad, los Tribunales deberán primar el interés superior del mismo por encima de cualquier otro interés.

La regla del artículo 96 Código civil de otorgar el uso de la vivienda familiar al cónyuge que custodie a los hijos de manera exclusiva, se aplica con independencia del régimen económico matrimonial y de la forma de titularidad sobre la vivienda. La atribución de la vivienda no se hace directamente al cónyuge, sino como consecuencia de haberse acordado que los hijos permanezcan con él (cfr. STS de 21 de junio de 2011. RJ 2011/7325). Por lo tanto, a la hora de atribuir la vivienda a uno u otro cónyuge no influye que esta sea un bien privativo de Felipe y que la titularidad del bien no pertenezca a ambos cónyuges.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha afirmado en reiteradas ocasiones que la atribución de la vivienda no puede ser temporal, sino que abarca todo el tiempo en que los hijos sigan siendo menores. La atribución de la vivienda es atemporal dado que el interés que se protege no es la propiedad del bien, sino los derechos que tienen los menores en una situación de crisis de la pareja. Si se aplica una limitación temporal al uso de la vivienda familiar, el Tribunal Supremo afirma que se estarían vulnerando los derechos de los hijos menores (cfr. STS de 21 de junio de 2011. RJ 2011/7325).

Ahora bien, en el momento en que los hijos dejen de convivir con el cónyuge que otorga la custodia exclusiva por alcanzar la mayoría de edad, por emanciparse, etc., se podría extinguir el derecho de uso de la vivienda familiar²².

En el presente caso, se vio como el Juez otorgaría a Leticia la custodia exclusiva de los hijos todavía menores de edad en el momento del divorcio del matrimonio. Por ello, será Leticia quien deba encargarse de todos los cuidados de los niños. Y ante el desequilibrio económico que le produce la disolución del matrimonio, es razonable que sea a ella a quien se le otorgue el derecho de uso de la vivienda familiar, atendiendo al interés de sus hijos menores.

Felipe cuenta con unos ingresos de 5.000€ periódicos y constantes derivados de su trabajo. Además de poseer otra vivienda de su propiedad en las Islas Baleares. Mientras que Leticia no trabaja y tardará un tiempo en poder encontrar trabajo al tener su hija Lucía apenas dos meses de vida. Por ello y a pesar de que la vivienda situada en Lugo pertenece exclusivamente a Felipe por ser una donación hecha por María, debe ser Leticia quien use la vivienda familiar. Por lo menos de manera temporal hasta que los hijos dejen de convivir con Leticia.

²² Bercovitz Rodríguez-Cano, R. et al.: *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, op. cit., p. 120.

D. Conclusiones

En caso de que no haya acuerdo entre los cónyuges, el Código civil establece que deberá ser el Juez quien decida qué cónyuge tiene derecho al uso de la vivienda. Pero el Juez solo decidirá si la vivienda posee el carácter de “vivienda familiar”.

La vivienda situada en Lugo tiene carácter de bien privativo, es decir, su titularidad corresponde exclusivamente a Felipe y no a ambos cónyuges. El carácter privativo del bien se produce como consecuencia de que María, la madre de Felipe, realiza la donación por razón de matrimonio únicamente a favor de su hijo. Pero el Tribunal Supremo afirma que la titularidad no influye a la hora de caracterizarla como vivienda familiar, ni a la hora de atribuir el uso de la vivienda a uno u otro cónyuge.

El artículo 96 Código civil, garantizando el interés del menor por encima de todo, establece que el uso de la vivienda familiar corresponderá a aquel cónyuge que ostente la custodia exclusiva de los hijos menores. Por ello, Leticia debería tener derecho al uso de la vivienda familiar ya que es ella quien se hará cargo de sus dos hijos menores, Antonio y Lucía. Por lo menos hasta que alcancen la mayoría de edad o decidan por su propia voluntad dejar de convivir con su progenitora.

Conclusiones Finales

La realidad social que conforma el matrimonio y también a la familia, ha experimentado profundas transformaciones en los últimos años. Hasta hace poco, el concepto de familia se relacionaba exclusivamente con la unión matrimonial. Pero los cambios sociales han hecho necesario que el derecho regule otras formas de familia y que, a estos nuevos modelos de familia se les reconozca una serie de derechos y deberes. El Tribunal Constitucional afirma que las uniones de hecho son un modelo de familia al que el artículo 39 Constitución española debe proteger de la misma forma que ha protegido durante mucho tiempo al matrimonio.

En nuestro caso, Leticia y Felipe deciden recurrir a esta forma de familia para convivir. A pesar del reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional, las uniones de hecho todavía no cuentan con una legislación de ámbito estatal. Por ello, Leticia y Felipe debieron recurrir a la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables de las Islas Baleares (LPEIB) para constituir su unión de hecho.

Leticia y Felipe mantienen una relación de parentesco colateral por consanguinidad de tercer grado, al ser Leticia la tía de Felipe. La LPEIB establece es su articulado que si esta relación de parentesco se da entre los miembros de la pareja, la unión de hecho no será reconocida como tal (cfr. art. 2 LPEIB). De todas formas, la pareja pudo haber sido inscrita en el Registro de Parejas Estables de las Islas Baleares ya que, el Decreto que regula los requisitos para registrarse, únicamente solicita la mera declaración de voluntad de las partes afirmando que cumplen con todas las exigencias de la LPEIB (cfr. art. 9.d DRPE). Declaración que solo estaría probando la publicidad de los requisitos pero no su autenticidad.

Esta carencia pone de relieve la importancia de una regulación de ámbito estatal en materia de uniones de hecho para elaborar criterios comunes delimitadores de este tipo de familia a nivel estatal.

Estos cambios sociales en materia de familia afectan a muchos aspectos del derecho como por ejemplo el matrimonio o la adopción de menores. Figuras jurídicas que hasta ahora otorgaban ciertos privilegios solo a las uniones matrimoniales, ahora otorgan esas pequeñas concesiones también a las uniones de hecho.

La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, equiparó en todos los aspectos al matrimonio y a las parejas de hecho para poder adoptar. Hasta la reforma de 1987 solo se permitía la adopción dual, es decir, por dos personas, a los cónyuges. Pero con la equiparación, ese privilegio también se otorga también a las parejas de hecho. Además y al igual que al matrimonio, las parejas de hecho también podrán adoptar al hijo de su pareja sin la propuesta previa de la Entidad Pública.

Gracias a esta equiparación entre matrimonio y pareja de hecho, Felipe podría adoptar a Antonio, el hijo biológico de su pareja Leticia. La Ley de 1987 exigía para ello que adoptante y adoptado mantuvieran una diferencia de edad de 14 años, diferencia de edad que Antonio y Felipe no tienen. Por ello, para que la adopción de Antonio se pueda llevar a cabo, la pareja debe paralizar los trámites de adopción e iniciarlos nuevamente a partir de agosto de 2015. A partir de esa fecha entraría en vigor la Ley 26/2015, de 28 de julio que, aunque exige una diferencia de edad entre adoptante y adoptado de dieciséis

años, también permite que este requisito no se tenga en cuenta si se trata de la adopción del hijo de tu cónyuge o pareja de hecho.

Como se ha visto en el presente caso, las parejas de hecho han aumentado en 61.300 desde el año 2013, disminuyendo cada vez más las uniones matrimoniales. Sin embargo, en el presente caso Leticia y Felipe deciden contraer matrimonio el 25 de mayo de 2015 en Barcelona ante la alcaldesa. Al igual que cuando decidieron registrar su unión de hecho, la relación de parentesco colateral por consanguinidad de tercer grado también haría que su matrimonio fuera nulo (cfr. art. 47 CC). No obstante, a diferencia de la pareja de hecho, el Código civil establece que el juez podrá dispensar el impedimento de parentesco de tercer grado entre colaterales siempre que concurra justa causa (cfr. art. 48 CC).

Otra realidad social también muy importante pero de peor agrado son los casos de violencia de género. La sociedad ha tomado mayor conciencia sobre las acciones violentas de este tipo. Prueba de ello es la agravación sistemática de las penas cuando un hecho delictivo se comente en este contexto. El Código penal cuenta con tres preceptos para castigar estos actos: el artículo 148.4 Código penal (delito de lesiones con agravante de género), el artículo 153.1 Código penal (violencia de género ocasional) y artículo 173.2 Código penal (violencia doméstica habitual).

En el presente caso, a causa de los empujones de Felipe, Leticia ha tenido que acudir al médico, que le ha recetado analgésicos y el uso de collarín. En el caso se ha visto como estas prescripciones médicas han sido consideradas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como tratamiento médico. Y que el ambiente familiar en casa de Felipe y Leticia no es de tal magnitud para que los desprecios de Felipe a su mujer puedan entrar dentro del concepto de habitualidad exigido por el artículo 173.2 Código penal.

Por lo tanto, descartando la habitualidad y ante un resultado de lesiones con una primera asistencia facultativa y posterior tratamiento médico, las actuaciones de Felipe son constitutivas de un delito de lesiones con agravante de género (artículo 148.4 CP).

Es lógico que ante la actuación violenta de Felipe, Leticia solicitara el divorcio con una pensión de alimentos para sus hijos y el derecho a uso de la vivienda familiar. En el caso se presentan dos supuestos para poder resolver las peticiones de Leticia.

En un primer supuesto, se entiende que el Juez concede la dispensa matrimonial a Leticia, convalidando su matrimonio desde su celebración. En este primer caso, Leticia cumpliría con los requisitos exigidos por el Código civil para divorciarse (artículos 85 a 89 CC) ya que con la actual reforma no necesita acuerdo con su actual cónyuge para interponer demanda de divorcio.

En un segundo supuesto, se entiende que el Juez no concede la dispensa matrimonial a Leticia y, por lo tanto, su matrimonio es nulo. Si esto ocurre, Leticia no podría solicitar el divorcio de un matrimonio inexistente.

En cuanto a las pensiones de alimentos, no influye si el matrimonio es nulo o válido ya que los progenitores mantienen la obligación de cuidar de sus hijos en cualquiera de las dos situaciones (cfr. art. 92 CC). Así, ante la mala situación económica de Leticia, el Juez concedería una pensión de alimentos a Lucía, la hija biológica de ambos.

En cuanto a la pensión de alimentos de Antonio, si este finalmente fue adoptado por Felipe, le corresponderá la misma pensión que a su hermana ya que no se puede discriminar a los hijos por razón de nacimiento (cfr. art. 39 y 14 CE).

Si la adopción no se llevó a cabo, Felipe no tendría la obligación de sustentar a Antonio y Leticia, al tener que cuidar de ambos menores, podría verse perjudicada económicamente. En esta situación, Leticia tendría dos posibilidades: si el matrimonio ha sido dispensado, podría solicitar al Juez una pensión compensatoria por el desequilibrio económico que le ha causado la disolución del matrimonio (cfr. art. 97 CC). Ahora bien, si el matrimonio fue declarado nulo, Leticia tendría que recurrir a una indemnización amparándose en que su matrimonio presenta el carácter de putativo (cfr. art. 79 y 98 CC).

La última petición de Leticia es que se le otorgue el derecho de uso de la vivienda familiar. El artículo 96 Código civil establece que la atribución de esta vivienda se hará a favor del cónyuge al que se le conceda la custodia exclusiva de sus hijos. Presumiblemente, el Juez concederá el derecho de uso de la vivienda familiar a Leticia que es quien cuidara de los dos hijos menores de edad. La titularidad de la vivienda no influye a la hora de decidir la atribución: aunque la casa situada en Lugo pertenezca exclusivamente a Felipe y no a ambos cónyuges, por ser una donación por razón de matrimonio que realizó la madre de Felipe, la atribución de la vivienda seguirá otorgándose a Lucía como manifestación del interés del menor. Interés que debe ser tenido en cuenta por encima de cualquier cosa.

Con todo ello se confirma la afirmación de que *“el progenitor sobre el que recaiga la guarda y custodia será también beneficiario de la atribución de la vivienda, así como de la correspondiente pensión de alimentos”*²³.

²³ García Rubio, M. P. y Otero Crespo, M.: “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”, op. cit., p. 75.

Bibliografía

A. Fuentes legales

España (1889). Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil. BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889.

España (1978). Constitución Española de 29 de Diciembre de 1978. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

España (1987). Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1987.

España (1995). Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

España (2001). Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables de las Islas Baleares. BOE núm. 14, de 16 de enero de 2002. Y BOIB núm. 156, de 19 de diciembre de 2001.

España (2002). Decreto 112/2002, de 30 de agosto, mediante el cual se crea un Registro de Parejas Estables de las Islas Baleares y se regula su organización y su gestión. BOIB núm. 108, de 7 de septiembre de 2002.

España (2005). Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

España (2006). Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia. DOG núm. 124, de 29 de junio de 2006. BOE núm. 191, de 11 de agosto de 2006.

España (2015). Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015.

España (2015). Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

B. Fuentes jurisprudenciales

Sentencias del Tribunal Constitucional

Sentencia del TC de 15 de noviembre de 1990. (RTC 1990/184)

Sentencia del TC de 11 de diciembre de 1992. (RTC 1992/222)

Sentencia del TC de 21 de Abril de 1997. (RTC 1997/74)

Sentencia del TC de 6 de noviembre de 2012. (RTC 2012/198)

Sentencias del Tribunal Supremo

Sentencia del TS de 18 de mayo de 1992. (RJ 1992/4907)

Sentencia del TS de 9 de junio de 1998. (RJ 1998/5159)

Sentencia del TS de 2 de julio de 1999. (RJ 1999/5807)

Sentencia del TS de 8 de octubre de 1999. (RJ 1999/8117)

Sentencia del TS de 18 de abril de 2002. (RJ 2002/5562)

Sentencia del TS de 22 de mayo de 2002. (RJ 2002/6844)

Sentencia del TS de 14 de mayo de 2004. (RJ 2004/3775)

Sentencia del TS de 28 de febrero de 2005. (RJ 2005/7470)

Sentencia del TS de 23 de noviembre de 2005. (RJ 2006/728)

Sentencia del TS de 21 de marzo de 2006. (RJ 2006/5252)

Sentencia del TS de 7 de abril de 2006. (RJ 2006/2246)

Sentencia del TS de 10 de julio de 2006. (RJ 2006/4492)

Sentencia del TS de 3 de octubre de 2008. (RJ 2008/6418)

Sentencia del TS de 17 de diciembre de 2008. (RJ 2009/435)

Sentencia del TS de 21 de junio de 2011. (RJ 2011/7325)

Sentencia del TS de 27 de junio de 2011. (RJ 2011/4890)

Sentencia del TS de 5 de septiembre de 2011. (RJ 2011/5677)

Sentencia del TS de 30 de septiembre de 2011. (RJ 2011/7385)

Sentencia del TS de 23 de enero de 2012. (RJ 2012/1990)

Sentencia del TS de 31 de mayo de 2012. (RJ 2012/6560)

Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014. (RJ 2014/1617)

Sentencia del TS de 20 de abril de 2015. (RJ 2015/1541)

Audiencia Provincial

Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria de 29 de julio de 1996. (AC 1996/1365)

Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid de 12 de junio de 2000. (AC 2000/1625)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 23 de mayo de 2006. (JUR 2006/190397)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de marzo de 2007. (ARP 2007/479)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida de 2 de febrero de 2011. (ARP 2011/534)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 19 de diciembre de 2016. (JUR 2016/41382)

C. Fuentes bibliográficas

Badenas Carpio, J. M. “Notas a la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables de las Islas Baleares” en *Revista Actualidad Civil*, núm. 3, 2002, pp. 965-978.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Álvarez Lata, N., Álvarez Olalla, P., Ballesteros de los Ríos, M., Costas Rodal, L., Marín López, M. J., Moralejo Imbernón, N., Quicios Molina, S. y Rovira Sueiro, M. *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Bercal, Madrid, 2015.

Biedma Ferrer, J. M^a. “Uniones de hecho y principios de igualdad. Algunas cuestiones conflictivas” en *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá*, núm. 4, 2011, pp. 199-222.

Busto Lago, J. M., Álvarez Lata, N. y Peña López, F. *Curso de Derecho civil de Galicia*, Atelier, Barcelona, 2015, pp. 163-168.

García Rubio, M. P. y Otero Crespo, M. “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005” en *Revista Jurídica e Castilla y León*, núm. 8, 2006, pp. 69-106.

Lasarte Álvarez, C. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

Martínez de Aguirre Aldaz, C., de Pablo Contreras, P., y Pérez Álvarez, M. A. *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*, Edisofer, Madrid, 2016.

Silva Sánchez, J. M., Ragués i Vallès, R., Castiñera Palou, M. T., Felip i Saborit, D., Benlloch Petit, G., Robles Planas, R., Pastor Muñoz, N., Ortiz de Urbina Gimeno, I., Llobet Anglí, M., Estrada i Cuadras, A. y Coca Vila, I., *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2015.

Suárez Pertierra, G., Vivó de Undabarrena, E., Ciaurriz Labiano, M^a. J., Regueiro García, M^a. T., Amérigo Cuervo-Arango, F., Ariza Robles, A., Rodríguez Moya, A., Pérez Álvarez, S., Pelayo Olmedo, D., *Derecho Matrimonial comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.