



UNIVERSIDADE DA CORUÑA



---

# DIVORCIO POR MOTIVO DE LESIONES

---

TRABAJO FIN DE GRADO



AÑO ACADÉMICO 2016-2017

GRADO EN DERECHO

Alumno: Víctor Fernández Fernández  
Tutor: Juan Ferreiro Galguera

## ÍNDICE

<b>1.- ABREVIATURAS</b> .....	p.3
<b>2.- SUPUESTO DE HECHO</b> .....	p.4
<b>3.- INTRODUCCIÓN</b> .....	p.7
<b>4.- CAPÍTULOS</b>	
<b>4.1. ¿Cómo calificaría la situación legal de Leticia respecto de Felipe (pareja de hecho legal o no, matrimonio válido, no válido)?</b> .....	p.8
4.1.1 La regulación de la pareja de hecho en España.....	p.8
4.1.2 La pareja de hecho en Islas Baleares. Requisitos necesarios.....	p.8
4.1.3 La inscripción como pareja de hecho.....	p.10
4.1.4 La pareja de hecho no es válida.....	p.10
4.1.5 El matrimonio en derecho español.....	p.12
4.1.6 Trámites para celebrar el matrimonio.....	p.12
4.1.7 Los impedimentos matrimoniales.....	p.13
4.1.8 La dispensa matrimonial.....	p.14
4.1.9 El matrimonio celebrado entre Felipe y Leticia es válido.....	p.15
<b>4.2. La adopción de Antonio ¿fue valida?</b> .....	p.18
4.2.1 La filiación.....	p.18
4.2.2 Características generales de la adopción.....	p.18
4.2.3 El proceso de adopción.....	p.18
4.2.4 Requisitos de la adopción.....	p.20
4.2.5 La idoneidad.....	p.21
4.2.6 La adopción de Antonio no es válida.....	p.21
<b>4.3. ¿Puede Leticia solicitar el divorcio? Y en su caso: ¿Les corresponde a Antonio y a Lucia una pensión de alimentos?</b> .....	p.25
4.3.1 El divorcio en el ordenamiento jurídico español.....	p.25
4.3.2 Leticia cumple los requisitos necesarios para poder divorciarse.....	p.25
4.3.3 Tipos de divorcio.....	p.26
4.3.4 Procedimiento del divorcio contencioso.....	p.26
4.3.5 Régimen de guarda y criterios que lo determinan.....	p.27
4.3.6 Régimen de guarda exclusiva a favor de Leticia.....	p.28
4.3.7 Características generales de la obligación de alimentos.....	p.29
4.3.8 Pensión de alimentos para Lucia.....	p.30

<b>4.4. ¿A quién debe atribuírse el uso de la vivienda (donde residen actualmente, situada en Lugo)?</b> .....	p.32
4.4.1 La vivienda familiar.....	p.32
4.4.2 Atribución en el uso.....	p.32
4.4.3 Titular del derecho.....	p.33
4.4.4 Carácter temporal del uso de la vivienda.....	p.34
4.4.5 Lucia tiene derecho al uso de la vivienda.....	p.35
<b>4.5. ¿Las actuaciones de Felipe son constitutivas de delito?</b> .....	p.36
4.5.1 Delito de Stalking.....	p.36
4.5.2 Violencia en el ámbito familiar.....	p.37
4.5.3 Coacciones en el ámbito familiar.....	p.39
4.5.4 Delito de lesiones.....	p.39
4.5.5 Violencia doméstica.....	p.41
4.5.6 Importancia de la ley gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género.....	p.42
<b>5.- CONCLUSIONES FINALES</b> .....	p.43
<b>6.- BIBLIOGRAFÍA</b> .....	p.46
<b>7.- ÍNDICE JURISPRUDENCIAL</b> .....	p.47
<b>8.- NORMATIVA</b> .....	p.49

## **1.- ABREVIATURAS**

AAP: Auto de la Audiencia Provincial

BOE: Boletín Oficial del Estado

BOIB: Boletín Oficial de Islas Baleares

CA: Comunidad Autónoma

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

D.G.R.N: Dirección general de los registros y del notariado

DOG: Diario Oficial de Galicia

F: Fundamento jurídico

LEC: Ley enjuiciamiento civil

LOPJ: Ley orgánica del poder judicial

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

SJPI: Sentencia del Juzgado de Primera Instancia

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

## 2.- SUPUESTO DE HECHO

### DIVORCIO CON HIJOS POR MOTIVO DE LESIONES

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 tornándose 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 m<sup>2</sup>. 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 a 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.

### **CUESTIONES:**

1. ¿Cómo calificaría la situación legal de Leticia respecto de Felipe (pareja de hecho legal o no, matrimonio válido, no válido)?
2. La adopción de Antonio ¿fue válida?
3. ¿Puede Leticia solicitar el divorcio? Y en su caso: ¿Les corresponde a Antonio y a Lucía una pensión de alimentos?
4. ¿A quién debe atribuírsele el uso de la vivienda (donde residen actualmente, situada en Lugo)?
5. ¿Las actuaciones de Felipe son constitutivas de delito?

### III.- INTRODUCCIÓN

Los seres humanos, desde que nacemos hasta que morimos, presentamos un rasgo común que condiciona nuestra vida, la necesidad de socializarnos. Esto nos lleva a comunicarnos, a no vivir aisladamente y a relacionarnos con los demás. Ya en el s. IV a.C., el filósofo griego Aristóteles afirma que el hombre es un ser social por naturaleza. Vivir en sociedad nos proporciona innumerables ventajas; aprendemos un lenguaje, una cultura, valores y normas de conducta. Todo esto da lugar a la formación de una comunidad, que a su vez se relaciona con otras comunidades, pero que internamente está formada por numerosos grupos de personas estrechamente vinculadas entre sí.

Con esto cabría preguntarnos ¿cuál es la unión más sencilla que podría surgir a partir de la necesidad de relacionarnos? Tanto en las civilizaciones más modernas, como en aquellas tribus que todavía a día de hoy viven sin ningún tipo de contacto con el exterior, es posible observar que las personas forman uniones de pareja.

Esto responde a variados motivos, desde satisfacer necesidades afectivas a obtener poder, riqueza y reconocimiento. A lo largo de la historia, fue práctica habitual que las distintas familias reales acordasen casamientos para unificar los distintos reinos, y así aumentar su poder. Entendemos por lo tanto que el matrimonio es el punto de partida, siendo el pilar en el que se apoya el derecho de familia.

Resulta necesario acercarse a la institución matrimonial, comprender sus características y evolución en nuestro país para dar respuesta a los principales problemas que surgen a raíz de las crisis de pareja. A su vez, prestaremos atención a las nuevas uniones que cobran importancia en los últimos años como son las parejas de hecho. Las estadísticas sobre rupturas en nuestro país son alarmantes, siete de cada diez matrimonios acaban en divorcio, lo que nos sitúa en los primeros puestos en el ranking europeo.<sup>1</sup>

Esto ocasiona graves problemas, especialmente cuando las parejas tienen hijos en común. Es necesario determinar quién va a vivir con ellos, a quien se atribuye el uso de la vivienda familiar y el derecho o no a una pensión compensatoria. El derecho debe regular estas situaciones con el objetivo de minimizar los daños que se producen para los integrantes del núcleo familiar debido a estas rupturas.

Prestaremos atención a un problema de vital importancia en la sociedad actual, la violencia dentro de la pareja. En el año 2016, cuarenta y cuatro mujeres fueron asesinadas a manos de sus parejas. Los datos son todavía más preocupantes si acudimos a los estudios realizados por el Instituto de la Mujer y para la igualdad de las oportunidades, ya que en torno al 7% de las mujeres encuestadas manifestaron haber sufrido algún tipo de violencia severa por parte de sus parejas.<sup>2</sup>

Con ayuda de la jurisprudencia, doctrina y legislación aplicable, daremos respuesta a los problemas del caso planteado, aportando soluciones concretas y comprensibles sin olvidarnos de la visión práctica inherente al derecho de familia, que cuenta con una gran importancia en la vida cotidiana.

---

<sup>1</sup> Datos recogidos del informe del año 2016 elaborado por el Instituto de Política Familiar (IPF).

[http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/victimasmortales/fichamujeres/pdf/VMortal.es\\_2016\\_12\\_31\\_VI.pdf](http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/victimasmortales/fichamujeres/pdf/VMortal.es_2016_12_31_VI.pdf) → fecha acceso: 25/05/2017

<sup>2</sup> Datos de carácter global del estudio realizado en el año 2016 en el que se computa la media aritmética del total de mujeres participantes agrupadas en distintas franjas de edad. <http://www.ine.es/prensa/np972.pdf> → fecha acceso: 26/05/2017



## 4.- CAPÍTULOS

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

#### 4.1.1- LA REGULACIÓN DE LA PAREJA DE HECHO EN ESPAÑA

Debemos determinar en primer lugar si la unión de Leticia con Felipe como pareja de hecho es conforme a derecho. Para ello tendremos en cuenta los distintos factores que la condicionan, como pueden ser; la vecindad civil, el grado de parentesco o la importancia de su registro. Nos encontramos dentro del marco del derecho de familia, las relaciones que este regula están estrechamente ligadas con la convivencia, la procreación, la intimidad y la ayuda recíproca.<sup>3</sup>

Felipe y Leticia deciden inscribirse como pareja de hecho después de experimentar una buena convivencia. Definir esta unión no es tarea sencilla, ya que son discutidos los efectos jurídicos que produce en comparación al matrimonio. Se caracteriza por la convivencia estable de dos personas, del mismo o de distinto sexo, en una relación de afectividad análoga a la del matrimonio, su notoriedad y existencia de deberes para sus integrantes.<sup>4</sup>

No existe regulación estatal común. La normativa autonómica se encarga de su definición, de establecer determinados requisitos para apreciar su estabilidad, de la atribución de efectos y otorgarle publicidad a través de la creación de registros especiales.

Es importante comprender que nos encontramos ante una unión diferente al matrimonio, que en los últimos años ha ido aumentando su importancia en nuestro país. *“Las parejas de hecho constituyen una opción de vida alternativa al matrimonio, que cada vez goza de una mayor aceptación social. No solo va desapareciendo la consideración negativa desde el punto de vista moral sino que cada vez son más el número de personas que deciden vivir maritalmente sin contraer matrimonio.”*<sup>5</sup>

En el matrimonio el consentimiento está dirigido a la formación de una relación conyugal. Por el contrario en la unión de hecho lo que se busca es excluir precisamente esta relación. El objeto es vivir como marido y mujer, no ser marido y mujer.<sup>6</sup> El Tribunal Constitucional reitera lo aquí explicado afirmando que *“el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes sino realidades jurídicamente distintas.”*<sup>7</sup>

#### 4.1.2- LA PAREJA DE HECHO EN LAS ISLAS BALEARES, REQUISITOS NECESARIOS

Felipe y Leticia viven en Palma de Mallorca cuando deciden inscribirse en el Registro de Parejas de Hecho de la ciudad. Como ya mencionamos anteriormente, las

---

<sup>3</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: *Manual de derecho civil, derecho de familia*. 3ª edición, Bercal S.A, Madrid, 2013, p. 20.

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1º de lo Civil) núm. 469/1992 de 18 mayo, (RJ 469/1992), (F 1º).

<sup>5</sup> FERREIRO GALGUERA, J.: “Las uniones de hecho en el derecho autonómico.” *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2000. p.195. <http://hdl.handle.net/2183/2054> → fecha acceso: 4/5/2017

<sup>6</sup> MARTÍNEZ VAZQUEZ DE CASTRO, L.: *El concepto de matrimonio en el Código Civil*. 1ª edición, Aranzadi SA, Pamplona, 2008, p. 165.

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 155/1998 de 13 de julio (BOE núm. 197 de 17 agosto 1998).

Comunidades Autónomas se encargan de la regulación de esta unión. “Las leyes autonómicas son muy heterogéneas entre sí, tanto en la propia delimitación del modelo de pareja al que resultan en cada caso aplicables, como en su estructura y contenido.”<sup>8</sup>

Normativa: Aplicamos al caso el decreto 112/2002 de 30 de noviembre, que regula la creación, organización y gestión del registro, la Ley 18/2001 de 19 de diciembre de parejas estables,<sup>9</sup> que se encarga de regular este tipo de uniones en las Islas Baleares y la ley 3/2003 de 26 de marzo de régimen jurídico de la administración de la comunidad autónoma de Islas Baleares.<sup>10</sup>

Definición: En la ley 18/2001 se define como “unión de dos personas que conviven de forma libre, pública y notoria en una relación de afectividad análoga a la conyugal.”

Entendemos a priori que Leticia y Felipe encajan dentro de la definición aquí realizada. Mantienen una relación de convivencia en una situación similar a la conyugal de manera permanente y desean constituirse como pareja de hecho para dar una mayor estabilidad a su relación. Esta inscripción debe ser voluntaria y tiene carácter constitutivo, produce sus efectos desde el momento de la inscripción. Para aplicar la ley, es necesario que los miembros de la pareja cumplan los requisitos y formalidades previstos y no estén bajo ninguno de los impedimentos previstos en ella.

Vecindad Civil: Al menos uno de los contrayentes debe poseer la vecindad civil de las Islas Baleares. Además, ambos contrayentes deben someterse al régimen establecido por esta.<sup>11</sup> Esta condición es de nuevo exigida por el decreto 112/2002 que regula el acceso al registro.<sup>12</sup> Felipe tenía su vivienda habitual en Palma de Mallorca, donde estaba empadronado. No tenemos datos conocidos sobre su origen, pero podemos suponer que es nacido allí, o que al poseer una vivienda y estar empadronado llevará viviendo un período mínimo de dos años, y solicitada está se le debe conceder, o bien durante 10 años sin manifestarlo expresamente. Entendemos que aquí no existe impedimento.<sup>13</sup>

Requisito temporal: No encontramos en la normativa aplicable ninguna mención sobre la necesidad de acreditar una convivencia previa a la inscripción.

Impedimentos: Encontramos en la ley 18/2001 la necesidad de cumplir unos requisitos personales y capacidad con carácter general. Al comprobar estos nos damos cuenta que Felipe y Leticia incumplen el referido al parentesco. Se prohíbe la unión, a parientes por consanguinidad o adopción en línea colateral hasta tercer grado. Comprobamos que este es el parentesco existente entre Felipe y Leticia.<sup>14</sup>

---

<sup>8</sup> GARCIA RUBIO, M.P.: “Las uniones de hecho en España, una visión jurídica.” *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. 2006. p.117. [https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/10/113\\_138%20GARCIA.pdf](https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/10/113_138%20GARCIA.pdf) → fecha acceso: 10/5/2017.

<sup>9</sup> BOIB núm. 108 de 7 de Septiembre de 2002 y BOE núm. 14 de 16 de enero de 2002 respectivamente.

<sup>10</sup> BOE núm. 98 de 24 de abril de 2003.

<sup>11</sup> La definición de la unión y los requisitos explicados se fundamentan en los arts. 1.1, 1.2 y 2.2 de la ley 18/2001.

<sup>12</sup> En el art. 4 de este decreto se establece que “*tienen acceso a la inscripción en el Registro las uniones de dos personas [...] que como mínimo uno de sus miembros tenga vecindad civil en las Illes Balears y que haya sometimiento expreso de ambos al régimen que establece.*”

<sup>13</sup> Empleamos para determinar la vecindad civil los criterios recogidos en el art. 14 CC.

<sup>14</sup> Se recoge este requisito en el art. 2.1 c de la ley 18/2001 y en el en el art. 7 b del decreto 111/2002. Para determinar el grado de parentesco empleamos los criterios que establece el art. 918 del Código Civil.

### 4.1.3- LA INSCRIPCIÓN COMO PAREJA DE HECHO

El proceso se regula en el art. 10 del decreto 112/2002. Lo podemos resumir en los siguientes pasos:

1. Se tramita la solicitud de inscripción acompañada de la documentación e información exigida, asignándole un número de expediente a la pareja.
2. El registro debe comprobar que la información aportada es suficiente y exacta, requiriendo la necesaria en plazo de 10 días en caso de que así no sea para evitar que se desista en su petición.
3. Si todo fuere conforme a derecho, la pareja se debe constituir en el plazo de un mes. Deben formalizar conjuntamente y por escrito la voluntad de constituirse en pareja con carácter de permanencia, no pudiendo existir condiciones. Esto puede realizarse ante el responsable del Registro, notario o alcalde asistido por el secretario.
4. El encargado del registro eleva la propuesta de inscripción y constitución al titular de la Consejería de la Presidencia, quien debe dictar resolución.
5. Dictada resolución favorable se anota la inscripción en el Libro General del Registro, queda constituida la pareja de hecho.

### 4.1.4- LA PAREJA DE HECHO NO ES VÁLIDA

Por lo expuesto, entendemos que la unión de Leticia y Felipe no es conforme a derecho, ya que incumple de manera evidente el requisito que prohíbe constituirse como tal a parientes consanguíneos o por adopción en línea colateral hasta tercer grado. Resulta difícil comprender por lo tanto que se inscriban en el registro. Si acudimos a la ley 18/2001 encontramos que es necesario presentar una serie de documentos entre los que encontramos la declaración responsable de ambos miembros de que no hay entre ellos dicha relación de parentesco.<sup>15</sup>

Podemos entender que la persona encargada del procedimiento no cumplió con su obligación de exigir y comprobar estos documentos, ya que de lo contrario no resulta posible realizar la inscripción. La situación se vuelve todavía más compleja cuando comprobamos que esta tiene carácter constitutivo, es decir la pareja de hecho produce efectos desde su inscripción.<sup>16</sup> Por lo tanto, Felipe y Leticia no reúnen los requisitos exigibles para constituirse como pareja de hecho, pero sin embargo lo hacen. La explicación a lo ocurrido no resulta tarea sencilla. Cabría pensar que cabe la posibilidad de obtener dispensa para este impedimento, pero esto no es así ya que las dispensas matrimoniales en ningún momento son aplicables a la pareja de hecho.<sup>17</sup>

El decreto 112/2002 nos da una pequeña pista acerca de las circunstancias que pudieron posibilitar lo aquí ocurrido. *“Si en un plazo máximo de tres meses a partir de la formalización de la constitución de la pareja de hecho delante de la persona responsable del Registro [...] no se ha dictado ninguna resolución, debe entenderse estimada la solicitud de inscripción.”*<sup>18</sup> Es decir, existe la posibilidad de que debido a un

---

<sup>15</sup> La aportación de estos documentos se exige conforme al art. 9 del decreto 112/2002.

<sup>16</sup> El carácter constitutivo de la inscripción se deduce de lo recogido en el art. 1.2 de la ley 18/2001.

<sup>17</sup> Las dispensas matrimoniales recogidas en el art. 48 CC sólo son aplicables al matrimonio, ya que se encuentran recogidas dentro del Capítulo II del CC, de los requisitos del matrimonio, no haciendo ninguna referencia a la pareja de hecho.

<sup>18</sup> Así lo establece el apartado 6 del art. 10 del decreto 112/2002.

hecho fortuito, bien que no se comprobara de manera adecuada la solicitud, o que debido a una imposibilidad de comprobarlos en el momento oportuno, la unión que no debiere constituirse así lo ha hecho.

Debido a la total ausencia de jurisprudencia relacionada con este caso, para entender la situación resulta de utilidad acudir a otras normas de la Comunidad Autónoma que influyen en la materia. Empleamos la ley 3/2003 de 26 de marzo de régimen jurídico de la administración de la comunidad autónoma de Islas Baleares, con la que reforzamos la idea mencionada anteriormente del silencio administrativo positivo. Se establece que *“en los procedimientos iniciados a solicitud de persona interesada, el transcurso del plazo habilitado para resolverlo y notificarlo, faculta al interesado para entender que haya sido estimado, salvo en supuestos de subvenciones o que el procedimiento se encuentre en una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o en una norma de derecho comunitario.”*<sup>19</sup>

Encontramos un mecanismo de control posterior a la inscripción, ya que el órgano competente puede iniciar de oficio el procedimiento de anulación en supuestos que haya constancia de que se han falseado datos o se utilicen fraudulentamente. Es decir si existieren sospechas de que la unión no fuere conforme a derecho, podrá investigarse y por consiguiente anularse.<sup>20</sup>

En la unión como pareja de hecho encontramos una gran amplitud de posibilidades para su organización, lo que supone un problema a la hora de la regulación. Encontramos así distintos niveles dentro de esta unión:

1. Pareja formada por dos personas solteras, con hijos o no, en una estructura similar a la familia nuclear. Estos pueden inscribirse en el registro correspondiente y acordar determinados pactos en materia económica.
2. Parejas de hecho como situación temporal anterior al matrimonio.
3. Parejas de hecho que establecen como meta la convivencia emocional, sin plantearse posibilidad de pactos o inscripción, a pesar de poder ser esta convivencia definitiva.<sup>21</sup>

Con lo aquí expuesto, entendemos que dentro de las parejas de hecho podemos hacer una clasificación entre aquellas que comparten la mera convivencia y las parejas de hecho de derecho. En esta última se busca acreditar una situación de convivencia. Uno de los rasgos que caracterizan la pareja de hecho es su carácter público y notorio. Los convivientes deben exteriorizar la situación de manera natural y general, siendo la sociedad testigo de la misma. Muchas legislaciones autonómicas reconocen como medio de constitución la manifestación en documento público de su voluntad de convivir. Esta manifestación de modo alguno acredita la existencia real de la relación de hecho con el objetivo de así dotarla de efectos jurídicos.<sup>22</sup> Es decir, lo que pueden estar buscando Leticia y Felipe es acreditar dicha convivencia, y así dotar a la pareja de determinados efectos que son inherentes a la misma. El comportamiento de las personas unidas en pareja de hecho es el elemento que fundamenta esta unión, pero el problema surge en que

---

<sup>19</sup> Lo aquí explicado se fundamenta en el art. 51 de la ley 3/2003 de 26 de marzo.

<sup>20</sup> Así se contempla en el art. 8.4 del decreto 112/2002.

<sup>21</sup> SÁNCHEZ VALDIVIA, C.: “La familia: concepto, cambios y nuevos modelos.” en *La revue de REDIF*, Vol. 1, Universidad de Deusto, 2008, pp. 15-22. [www.redif.org](http://www.redif.org) → fecha acceso: 16/5/2017.

<sup>22</sup> CANTERO NÚÑEZ, F.J y LEGERÉN MOLINA, A.: “Las uniones de hecho”, en AA.VV, *Instituciones de derecho privado. Tomo IV, vol.1.* (Garrido de Palma, V.M Dir.) 2º edición, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015. pp. 345 a 390.

la pareja no cumple los requisitos necesarios para inscribirse en el registro y así poder acreditar la convivencia.

Por lo tanto, si desean convivir no existirá ninguna ley que se lo impida, pero no pueden inscribirse como pareja de hecho ya que no cumplen los requisitos exigidos para ello. Por lo tanto, no es válida.

#### **4.1.5- EL MATRIMONIO EN DERECHO ESPAÑOL**

Analizamos a continuación la unión de Felipe y Leticia en matrimonio. A diferencia de la pareja de hecho, este se regula en nuestro Código Civil. *“Puede definirse como la unión entre dos personas, concertada entre ellos de acuerdo con determinadas formalidades previstas por la ley, con ánimo de compartir vida y existencia.”*<sup>23</sup>

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce la posibilidad de celebrar el matrimonio de dos formas diferentes. La forma religiosa conforme a los ritos de las Iglesias reconocidas por el Estado español, especialmente la Iglesia Católica, o bien la forma civil. Al matrimonio religioso se le reconocen efectos civiles en virtud de los acuerdos entre España y la Santa Sede desde su celebración, aunque para el pleno reconocimiento de los mismos se necesita la inscripción en el Registro Civil.<sup>24</sup> Felipe y Leticia optan por contraer matrimonio en forma civil, ya que como indica el supuesto lo hacen en Barcelona ante su alcaldesa.

*“En el año 1932 se promulga una ley de divorcio y la ley de matrimonio civil obligatorio. Al finalizar la contienda civil, tras la derogación de estas dos leyes en todo el territorio nacional, se restauró, con todas sus prerrogativas, el mantenimiento de la institución matrimonial canónica.”*<sup>25</sup> Esto explica a grandes rasgos, el arraigo del matrimonio canónico en España, ya que durante mucho tiempo esta fue la única forma permitida.

#### **4.1.6.- TRÁMITES PARA CELEBRAR EL MATRIMONIO**

Normativa aplicable: La fecha de celebración del matrimonio tiene gran importancia en el caso. Es importante conocer la disposición transitoria cuarta en su apartado segundo de la ley de jurisdicción voluntaria 15/2015 de 2 de julio. Esta disposición establece que los expedientes matrimoniales que se inicien antes del 30 de Junio 2017 serán tramitados por el encargado del registro conforme a los preceptos del CC y a la ley 8 de Junio 1957 del registro civil.<sup>26</sup> Esta ley solo estará en vigor hasta la fecha indicada, afectando a aquellos matrimonios cuyos trámites sean anteriores a esta fecha. Es el caso de Felipe y Leticia, ya que se casan el 25 de mayo de 2015. Empleamos los arts. 69 a 80. Tiene gran importancia en la regulación del matrimonio la Ley 30/1981 de 7 julio, que modifica los arts. 42 a 107 CC en materia de matrimonio y procedimiento a seguir en materia de nulidad, separación y divorcio. Además empleamos los arts.238 a

---

<sup>23</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de derecho civil...* op. cit. p. 39.

<sup>24</sup> *Ibidem*. pp. 40 a 41.

<sup>25</sup> JORDÁN VILLACAMPA, M.L.: “El divorcio en España: La ley 15/2005, de 8 de Julio” en AA.VV, *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España*, (SOUTO PAZ, J.A. Dir.), 1ª edición, Comares, Granada, 2008, p. 93.

<sup>26</sup> BOE núm. 158 de 3 de julio de 2015 y BOE núm. 151 de 10 de junio de 1957 respectivamente.

263 del Decreto de 14 noviembre 1958 por el que se aprueba el reglamento del registro civil, ya que resulta de utilidad para consultar algunos aspectos como la inscripción.<sup>27</sup>

El expediente matrimonial: Todo matrimonio comienza con el expediente matrimonial, el objetivo del mismo es comprobar que no existen impedimentos matrimoniales para contraerlo. Será competente para la instrucción el Juez encargado, Juez de Paz, o el encargado del Registro Civil consular correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes, estos viven en Barcelona. Para iniciar este expediente es necesario presentar un escrito al funcionario competente. Entre otros datos, el que resulta interesante al caso es que se debe declarar que no existe ningún impedimento para el matrimonio.

Además, se realiza audiencia a los futuros contrayentes de manera individual con el objetivo de comprobar que no existe ningún obstáculo legal para celebrar el matrimonio. Si se comprueba que no existen impedimentos éste terminará con un auto de aprobación, por el contrario sería de denegación si los hubiere.<sup>28</sup>

La celebración: Una vez se haya resuelto favorablemente el expediente matrimonial, podrán celebrar matrimonio ante Juez o encargado del Registro Civil correspondiente al domicilio de los contrayentes. La nueva modificación originada por la ley 15/2015 que por motivos de temporalidad no es aplicable al caso, introduce la novedad de que puede celebrarse matrimonio ante el Secretario Judicial que tramita el expediente o Juez de Paz y Notario. En este último caso el expediente será otorgado en escritura pública a diferencia de los anteriores, que se hará en acta. En ambas redacciones de este art. se contempla la posibilidad de hacerlo ante el funcionario diplomático o consular. Es necesario prestar consentimiento conforme a ley del registro civil.<sup>29</sup>

Una vez realizado esto, se le entrega a cada uno de los contrayentes copia acreditativa de la celebración del matrimonio, y se remite por medios telemáticos, testimonio o copia autorizada para su inscripción en el Registro Civil. La inscripción hace fe del acto de matrimonio, fecha, hora y lugar en el que este se contrae, así lo indica la ley del registro civil en su art. 69.

#### **4.1.7.- LOS IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES**

Al explicar el procedimiento para la celebración del matrimonio observamos que en el expediente matrimonial se mencionan impedimentos matrimoniales de distintos tipos. Estamos ante determinadas circunstancias que al concurrir impiden la celebración del matrimonio. Por lo tanto, lo que aquí nos ocupa es determinar que impedimentos existen en el ordenamiento español y si estos afectan a Felipe y Leticia.

Esto son las siguientes; impedimento por edad, por vínculo matrimonial, parentesco y crimen, como se indica en los arts. 46 y 47 del CC. Tiene importancia al caso el tercero de estos, el impedimento de parentesco. El Código Civil en su art. 47.2 establece que no pueden contraer matrimonio los colaterales por consanguineidad hasta

---

<sup>27</sup> Publicadas respectivamente en BOE núm. 172 de 20 de julio de 1981 y BOE núm. 296 de 11 de diciembre de 1958.

<sup>28</sup> Para explicar el procedimiento referido al expediente matrimonial y celebración empleamos los arts. 238 a 254 del Reglamento del Registro Civil.

<sup>29</sup> El procedimiento aquí explicado se recoge en el párrafo 2º de la disposición transitoria cuarta de la ley 15/2015 de jurisdicción voluntaria.

tercer grado. Encontramos aquí el mismo obstáculo que existía para que Felipe y Leticia se constituyeran como pareja de hecho.<sup>30</sup>

A pesar de la prohibición, cabe la posibilidad de encontrar una vía que permita la celebración de este matrimonio conforme a derecho. Es posible diferenciar entre los impedimentos que afectan a una persona por su condición, que le impide contraer matrimonio con cualquier persona, de aquellos que le afectan solamente cuando pretende unirse con una persona concreta. Es decir, absolutos y relativos. Observamos que este matrimonio si no se obtuviere dispensa matrimonial sería nulo.<sup>31</sup>

#### 4.1.8.- LA DISPENSA MATRIMONIAL

La obtención de la dispensa es la única vía que nos permite celebrar un matrimonio conforme a derecho entre Felipe y Leticia, por lo que es necesario analizar el proceso que regula su obtención. Para ello acudimos al art. 48 CC que reconoce la dispensa de entre otros del impedimento de grado tercero entre colaterales.<sup>32</sup> Es competente el Juez de Primera Instancia, siendo necesario que exista justa causa suficientemente comprobada y debe solicitarse a instancia de parte. En el caso concreto deberá aportarse de manera clara el árbol genealógico de los contrayentes, además es necesario aportar prueba por impedimento y podrá aportarse el testimonio de personas conocedoras de los hechos que quieren acreditar.<sup>33</sup> Esta sería la manera adecuada de obtener la dispensa en un momento anterior al matrimonio.

Encontramos una diferencia en el art. 48 CC a raíz de la modificación producida por la ley 15/2015, ya que se elimina la dispensa del impedimento de edad por lo que actualmente no es dispensable. Esto no afecta al caso, se mantienen las dos restantes. Este mismo art. reconoce que *“la dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes.”* Esto abre una doble vía, que es que se puede obtener o bien antes de la celebración del matrimonio o en un momento posterior a la celebración siendo más recomendable la primera ya que el matrimonio será válido desde un inicio.

El proceso de dispensa es muy similar antes y después de la modificación. La ley de enjuiciamiento civil 1881<sup>34</sup> no regulaba de una manera expresa este procedimiento de obtención de la dispensa, sino que se empleaban los preceptos generales recogidos en los artículos 1811 y ss. La diferencia que encontramos conforme a la ley 15/2015 es que las dispensas se solicitan al Juez a través de un expediente de jurisdicción voluntaria. Esta entra en vigor el 23 julio 2015, por lo que explicaremos brevemente el proceso de dispensa conforme al procedimiento de Jurisdicción Voluntaria para completar el ya explicado anteriormente. Felipe y Leticia podrían someterse a este si decidieran pedir la dispensa a posteriori. Es competente para conocer la solicitud de dispensa el Juez de Primera Instancia del domicilio o, de la residencia de los contrayentes. La persona

---

<sup>30</sup> Es el grado de parentesco existente entre Felipe y Leticia que ya había sido computado en la pregunta anterior conforme al criterio establecido en el art. 918 CC.

<sup>31</sup> El art. 73.2 CC establece que *“es nulo el matrimonio celebrado en los supuestos de los arts. 46 y 47 salvo en casos de dispensa conforme al art. 48 del mismo código.”*

<sup>32</sup> En este art. el CC reconoce la dispensa de los impedimentos del grado tercero entre colaterales, de edad a partir de 14 años y muerte dolosa del cónyuge anterior.

<sup>33</sup> Estos requisitos aparecen recogidos en los arts. 260 y 261 del reglamento del Registro Civil.

<sup>34</sup> GACETA núm. 36 de 5 de Febrero de 1881.

legitimada para promoverlo será la interesada, es decir, Felipe o Leticia podrían solicitarlo por ejemplo ante el juzgado de primera instancia de Barcelona. Al dirigirse la solicitud al Juzgado se inicia un expediente donde se recogen los motivos en los que se fundamenta, acompañado de los documentos y antecedentes necesarios que acreditan la concurrencia de justa causa exigida por el Código Civil y la proposición de la prueba, siendo necesario aquí aportar claramente el árbol genealógico. Los contrayentes serán citados a comparecer una vez admitida a trámite la solicitud, se oirán a las partes interesadas y se practicarán las pruebas acordadas. Será el Juez, teniendo en cuenta la justificación ofrecida quien resuelve, pudiendo concederla o no. La dispensa no es automática ya que requiere un análisis del órgano jurisdiccional. Si se concede el Secretario judicial expedirá testimonio que se entregará al solicitante.<sup>35</sup> Al obtener la dispensa lo que estamos haciendo posteriormente es convalidar un matrimonio que anteriormente era nulo.

Jurisprudencia destacable: Resulta útil para este caso la Sentencia núm. 8/2015 a fecha 24 de marzo de la Audiencia Provincial de Teruel. En ella se declara la nulidad de un matrimonio que ya había sido inscrito en el Registro Civil. Existe un impedimento de parentesco de tercer grado entre los contrayentes y estos no han obtenido la dispensa matrimonial. La nulidad es solicitada por el Ministerio Fiscal, y defienden los contrayentes que ellos son los únicos legitimados para pedir la nulidad. El Tribunal entiende por el contrario que no lo son, ya que el matrimonio no es un simple negocio privado. Presenta una esfera legal más amplia ya que este contrato trasciende del interés personal, y así sea reconocido en el ordenamiento jurídico con plenitud de eficacia.

Por lo tanto, las partes legitimadas para pretender la nulidad, son aquellas que defienden expresamente los intereses propios, tanto públicos como privados de la institución matrimonial. No estamos ante un mero requisito de forma para la celebración del matrimonio, sino ante un elemento esencial, estando legitimado para actuar el Ministerio Fiscal, declarándose nulo el matrimonio.<sup>36</sup>

Esta sentencia nos refuerza en la idea de que es necesario obtener una dispensa matrimonial previa a la celebración del matrimonio para que este sea conforme a derecho.

#### **4.1.9.- EL MATRIMONIO CELEBRADO ENTRE FELIPE Y LETICIA ES VÁLIDO**

Como hemos comprobado anteriormente, la validez del matrimonio radica en la obtención de la dispensa. No se explica en el supuesto si esta ha sido solicitada o no, por lo que las posibilidades de interpretación son amplias. Sin embargo, sí que se dice que Felipe y Leticia llegan a contraer matrimonio, por lo que tratamos de encontrar la explicación más adecuada. Empezamos hablando del expediente matrimonial, como hemos comprobado anteriormente al estudiar este trámite, el objetivo es asegurarse de que no existe ningún impedimento para contraer matrimonio.

Para presentar el escrito que da inicio al matrimonio es necesario declarar que no existe impedimento para la celebración del mismo. Se realizan audiencias a los futuros contrayentes para comprobar la ausencia de impedimentos, y además se publican edictos

---

<sup>35</sup> El procedimiento de obtención de dispensa aquí explicado está recogido en los arts. 81 a 84 de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria.

<sup>36</sup> Sentencia Audiencia Provincial de Teruel (Sección 1ª) núm. 8/2015 de 24 de marzo, (JUR 2015/123212) (F 1º).



o estos se sustituirán por audiencia de una persona cercana a la pareja elegida por el instructor del expediente, de manera que cualquiera que conociese impedimento deberá manifestarlo. A su vez el MF y los particulares que conozcan la pretensión están obligados a denunciar cualquier impedimento que conozcan.<sup>37</sup>

El funcionario que autoriza el matrimonio civil extenderá el acta, al mismo tiempo que se celebra, con los requisitos y circunstancias que determina la ley del Registro Civil.<sup>38</sup> A su vez el matrimonio se inscribe en virtud del expediente en el que se declara la inexistencia de impedimentos. Además de esto, si el matrimonio hubiera sido tramitado sin el correspondiente expediente el Juez o Funcionario del Registro comprobará que se cumplen los requisitos legales para practicar la inscripción, así se indica en el art. 65 CC.

Tanto los particulares que pretenden contraer matrimonio, como el Ministerio Fiscal, estarán obligados a denunciar cualquier impedimento u obstáculo que les conste. En el caso de que el instructor conozca dicho obstáculo denegará la celebración. La comprobación de requisitos se prolonga incluso hasta el momento de la inscripción, ya que como se indica en una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del año 2011, *“es deber del encargado cerciorarse de la inexistencia de impedimentos u otros obstáculos que provoquen la nulidad del matrimonio.”*<sup>39</sup> Otra resolución del D.G.R.N del año 2001 establece que *“no se puede celebrar matrimonio entre tío y sobrina sin la obtención de dispensa previa.”*<sup>40</sup>

Es decir las garantías y requisitos necesarios para no incurrir en un impedimento que provoque la nulidad del matrimonio son máximos, por lo que resulta difícil entender que existió una negligencia absoluta por los responsables de instruir el expediente matrimonial.

Por consiguiente entiendo que la explicación más acertada para entender esta unión es que se obtuvo dispensa previamente a la celebración del matrimonio, por lo que éste sería válido desde un inicio. De lo contrario celebrar el matrimonio entre Felipe y Leticia sería prácticamente imposible.

Por último resulta útil analizar el concepto de justa causa, ya que junto a la presentación del árbol genealógico, esta se muestra como requisito necesario para la obtención de la dispensa. Es de gran ayuda una resolución a fecha 18 octubre 1995 del D.G.R.N, en la que se acepta la inscripción en el registro del matrimonio formado por un tío y su sobrina. Analizándola obtenemos conclusiones de gran relevancia.

No es estrictamente necesario la aportación del árbol genealógico si el parentesco se acredita de la documentación presentada por los contrayentes. Además, el término justa causa constituye un concepto de difícil evaluación, que se refiere a motivos sociales, familiares, y económicos que son inherentes a cada caso concreto.<sup>41</sup> De esto deducimos que no hay un concepto universal y único de justa causa, este deberá ser valorado conforme al caso concreto. En la resolución analizada el Juez se entiende que concurre justa causa al producirse una larga convivencia, concediendo así la dispensa. Entiende

---

<sup>37</sup> Este proceso aparece regulado en los arts. 238 a 254 del Reglamento del Registro Civil.

<sup>38</sup> Así figura en el art. 73 de la ley 8 junio 1957 del Registro Civil.

<sup>39</sup> Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de diciembre de 2011, (F 4º).

<sup>40</sup> D.G.R.N resolución de 24 febrero de 2001 sobre autorización de matrimonio, (F 2º).

<sup>41</sup> D.G.R.N de 18 octubre 1995. (RJ 1995/9565), (F 3º y 4º).

que el vínculo entre tío y sobrina sobrepasa el parentesco alcanzando la *affectio maritalis*, la cual depende de la íntima voluntad de las personas.

Si nos planteamos esto al caso concreto, podemos entender que algunos elementos que puedan contribuir a que exista justa causa son que el hijo de Leticia está plenamente integrado en el núcleo familiar formado por la pareja, que tienen un proyecto de vida en común y previamente habían mostrado su voluntad de constituirse como pareja de hecho. Es decir, muestran una verdadera voluntad de vivir como pareja en una relación afectiva que va más allá de su parentesco, resultando más cercana a la relación matrimonial. Todos estos elementos son interpretables, y como explicamos anteriormente, es el Juez el encargado de valorar si se cumplen los requisitos para conceder la dispensa.

Con todo lo aquí expuesto, y admitiendo que la solución planteada no será en ningún caso única, atendiendo a la jurisprudencia y normativa analizada, concluyo que lo más correcto es entender la validez del matrimonio formado por Felipe y Leticia.

## 4.2.- La adopción de Antonio ¿fue válida?

### 4.2.1.- LA FILIACIÓN

Podemos definir la filiación como “*la relación entre procreante o progenitor y procreado o engendrado, en cuanto determina derechos y deberes.*”<sup>42</sup> La filiación, o procedencia de los hijos respecto a los padres, antes que relación jurídica es un hecho natural, pues todos tenemos una madre y un padre biológico. Este hecho natural es tomado en consideración por el derecho para fundar en él la relación jurídica de filiación, materna y paterna. El establecimiento jurídico de la filiación puede estar basada en otros hechos como la adopción de una persona por otra u otras dos. De ahí que el art. 108 CC disponga que la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción.<sup>43</sup>

Antonio es un buen ejemplo de lo aquí explicado. Leticia es su madre y su padre ya ha fallecido. Al nacer la filiación estaría determinada por ambos progenitores. Se produce un hecho posterior, que es que su madre conoce a otro hombre con el que convive y este quiere adoptarle, de constituirse esta adopción provocará un cambio en la filiación de Antonio. La afiliación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, mediante documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y ante falta de esto, mediante posesión de estado como indica el art. 113 CC.

### 4.2.2.- CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA ADOPCIÓN

Lo que ahora nos ocupa es determinar si Felipe puede adoptar a Antonio, el hijo de su actual pareja. Para ello estudiamos los requisitos necesarios y el procedimiento adecuado para que esta sea conforme a derecho. Podemos definir la adopción como “un instrumento de integración familiar dirigido a aquellos menores que no pueden disfrutar de su propia familia de origen.”<sup>44</sup>

En todo proceso de adopción existe un adoptante y un adoptado, y en ellos es necesario que concurren determinadas circunstancias para que sea válida. La adopción puede ser nacional o internacional. Como regla general, en nuestro país es más frecuente la adopción internacional. Durante el período comprendido entre 2011 y 2015, se produjeron en España 7.056 adopciones internacionales, a pesar de haber experimentado estas una reducción del 85% en los últimos 10 años.<sup>45</sup>

### 4.2.3.- EL PROCESO DE ADOPCIÓN

Normativa aplicable: En la resolución del supuesto tiene vital importancia la temporalidad del mismo, los trámites de adopción, se inician en el año 2014. Es necesario saber que leyes deben emplearse en este momento, lo que no resulta tarea sencilla, debido a los cambios existentes en materia de familia en los últimos años.

---

<sup>42</sup> SÁNCHEZ CALERO, F.J.: *Curso de derecho civil IV. Derechos de familia y sucesiones*. 6ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012. p. 252.

<sup>43</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de derecho civil...* op. cit. p. 207.

<sup>44</sup> *Ibídem* p. 277.

<sup>45</sup> Las cifras aquí mostradas pertenecen a informes elaborados por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

<https://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/Infancia/adopciones/2015ESTADISTICA20112015.pdf> →  
fecha acceso: 20/05/2017

Acudimos en primer lugar, ya que es la más reciente, a la ley de Jurisdicción Voluntaria, 15/2015 de 2 de Julio, su entrada en vigor data del 23 de Julio de 2015. En su disposición transitoria n. 4 indica que las adopciones que se inicien hasta la entrada en vigor de la Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia se registrarán por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881. Esta ley, la 26/2015 entra en vigor el 18 de Agosto de 2015, por lo tanto en un momento posterior al inicio de los trámites de adopción.<sup>46</sup> Debido a esto la legislación aplicable al caso es la LEC 1881, que a pesar de que estar derogada en la actualidad, no era así en el momento de tramitar la adopción, empleando fundamentalmente los artículos 1825 al 1832.

También es necesario saber que redacción de los artículos del CC emplearemos al caso, ya que la última modificación se ha producido a raíz de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que entra en vigor en agosto de ese año. Acudiendo a la disposición transitoria 11ª de la última modificación del CC, se indica que los procedimientos de adopción anteriores la fecha seguirán el proceso como regla general conforme a la legislación anterior, por lo que aquí no se nos ofrece la posibilidad de emplear la legislación que resulte más beneficiosa al caso, ya que la normativa no deja lugar a dudas. Emplearemos la redacción inmediatamente anterior, que es la modificación originada por la ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.<sup>47</sup> Esta indica en su art. 24, la adopción tanto nacional como internacional debe ajustarse a la legislación civil aplicable.

Por último, teniendo en cuenta que los trámites de adopción se inician cuando la pareja vivía en Islas Baleares, se consultara la ley 17/2006 integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia para comprobar si existe alguna diferencia respecto a lo establecido a nivel estatal.<sup>48</sup>

La propuesta: Toda adopción comienza con el escrito de propuesta formulado por la Entidad Pública o por solicitud de adoptante ante autoridad judicial cuando estuviera en algunos de los supuestos recogido en el art. 176.2 CC. Con esta se promueve la plena integración de la persona menor de edad en una nueva familia, debido a su imposibilidad de permanecer en la familia de origen.<sup>49</sup> La modificación de este art. del año 2015 carece de importancia, ya que es una cuestión meramente terminológica. Anteriormente se empleaba el término consorte, y actualmente cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación a la conyugal.

Ésta debe contener los siguientes datos; condiciones sociales, familiares y económicas, para comprobar la idoneidad de los adoptantes, último domicilio del cónyuge del adoptante si debiere prestar su consentimiento, y si han manifestado su asentimiento ante entidad pública o en documento público los sujetos obligados. En aquellos supuestos que no es necesaria la propuesta, la solicitud formulada al Juez expresará las indicaciones de los apartados anteriores y la alegación y pruebas conducentes a demostrar que en el adoptando se dan las circunstancias aquí expresadas.

---

<sup>46</sup> Leyes publicadas respectivamente en BOE núm. 180 de 29 de julio de 2015 y GACETA núm. 36 de 5 de Febrero de 1881.

<sup>47</sup> BOE núm. 15 de 17 de enero de 1996.

<sup>48</sup> BOE núm. 297 de 13 de diciembre de 2006. Esta ley en su art. 2.1 establece que se aplicará a todas las personas menores de edad que se encuentren en el territorio de las Islas Baleares.

<sup>49</sup> Art. 91 de la ley 17/2006.

El interés del menor: Deberá ser atendido a lo largo de todo el proceso de adopción. El Juez podrá ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para averiguar si la adopción es lo más beneficioso para el menor.<sup>50</sup> Debe valorarse su opinión si es mayor de 12 años o menor de esta edad maduro, y solo se promueve la adopción si una vez examinada su situación está es la medida más adecuada para sus necesidades.<sup>51</sup>

El Ministerio Fiscal interviene en estas actuaciones. La finalidad de la audiencia es que el Juzgador pueda investigar el interés del menor. Este se presenta como el instrumento más apropiado para conseguirlo, debido al contacto directo que se establece con el mismo, sin necesidad de intermediarios.<sup>52</sup>

Consentimiento: Para la adopción es necesario obtener el consentimiento ante el Juez del adoptante y adoptando si este es mayor de 12 años, como es en el caso de Antonio, por lo tanto él y Felipe deben consentir.

Asentimiento: Las personas que deben manifestar su asentimiento son el cónyuge del adoptante no separado legalmente y los padres del adoptando no privados de la patria potestad.<sup>53</sup>

Vínculos Jurídicos: Una vez se ha producido la adopción se rompen todas las relaciones jurídicas con la familia de origen excepto en los supuestos que se recogen en el art. 178 CC. Esto resulta de gran interés al caso, ya que nos interesa que se conserven los vínculos con la progenitora materna.<sup>54</sup>

Resolución: La adopción se constituye por resolución judicial y tiene carácter irrevocable como indica el art. 180 CC. Esta puede ser favorable o no serlo, y en el primer caso se expedirá testimonio por el secretario judicial y se inscribirá en el Registro correspondiente.

Registro autonómico de adopciones: En el caso de Islas Baleares tiene función de inscripción, control, inventario y mantenimiento de los datos relativos a las adopciones. Es contemplado por la ley 17/2006 que establece sus funciones en el art. 86. Se organiza en 3 secciones que se ocupan de las solicitudes, certificaciones de idoneidad y propuestas previas de adopción.

#### **4.2.4.- REQUISITOS DE LA ADOPCIÓN**

Edad: Se valora en primer lugar la del adoptante, la edad mínima para poder adoptar son 25 años. Este requisito es cumplido por Antonio. Además debe existir una diferencia de edad de 14 años de este con el adoptando.<sup>55</sup> Aquí ya podemos encontrar un primer problema que nos hace dudar de la validez de esta adopción ya que la diferencia de entre ellos es de tan solo 13, siendo una diferencia menor a la exigida en el CC.

Menor no emancipado: El adoptado debe ser un menor no emancipado. Con carácter excepcional puede serlo el menor emancipado o mayor de edad si existió una

---

<sup>50</sup> Así se recoge en los arts. 1826 a 1832 de la LEC año 1881.

<sup>51</sup> Lo aquí explicado se fundamenta en el art. 93 apartado 1 y 2 de la Ley 17/2006.

<sup>52</sup> RODA y RODA, D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, 1º edición, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 203.

<sup>53</sup> Requisitos de consentimiento recogidos en el art. 177 CC apartados 1 y 2.

<sup>54</sup> SÁNCHEZ CALERO, F.J.: *Curso de derecho civil IV. Derechos de familia...* op. cit. pp. 289 a 290.

<sup>55</sup> Requisito de edad exigido conforme al art. 175.1 del CC.

relación de acogimiento o convivencia iniciada con anterioridad de que el adoptado haya cumplido los catorce años. Antonio es un menor no emancipado por lo que lo expuesto aquí no supone impedimento alguno.

Parentesco: Existen algunas relaciones de parentesco que imposibilitan la adopción. Encontramos entre ellas al descendiente, a un pariente de segundo grado de línea colateral por consanguineidad o afinidad o a un pupilo por su tutor hasta haber sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.<sup>56</sup> No se produce ninguna de estas relaciones de parentesco en el caso de Antonio y Felipe.

#### **4.2.5.- LA IDONEIDAD**

Con carácter general todo expediente de adopción comienza con una propuesta previa de la Entidad Pública expedida a favor del adoptante en la que se le declara idóneo para el ejercicio de la patria potestad. Lo interesante al caso es determinar en qué consiste idoneidad. Para ellos resulta de gran ayuda la sentencia núm. 797/2015 a fecha 3 diciembre de la Audiencia Provincial de Valencia. En ella se discute sobre la idoneidad para ejercer la patria potestad para la adopción nacional e internacional de una mujer que pretende adoptar.

En ella se define esta como la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la patria potestad atendiendo a las necesidades de los niños adoptados, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción. La idoneidad requiere valorar la situación personal, familiar y social, y la capacidad para establecer vínculos con los adoptantes. Como requisitos comunes encontramos que el adoptante debe manifestar unas expectativas realistas y serias, y debe tener la capacidad suficiente para atender a las necesidades educativas y emocionales y contar con los ingresos económicos adecuados para hacer frente a la maternidad.<sup>57</sup>

Debido a la importancia de la protección del menor, el procedimiento debe realizarse con las mayores garantías posibles. El Tribunal declara idónea a la mujer valorando su situación laboral, sus ingresos, horarios y que trabajaba con niños en una escuela, por lo que entiende el tribunal que reúne las características necesarias para afrontar la maternidad.

#### **4.2.6.- LA ADOPCIÓN DE ANTONIO NO ES VÁLIDA**

Después de analizar los requisitos y el proceso de adopción, lo que nos ocupa es saber si la realizada por Antonio es válida. Encontramos en principio dos puntos clave que generan una mayor cantidad de dudas. La necesidad o no de una propuesta de idoneidad y lo referido al requisito de edad.

La no necesidad de la propuesta de idoneidad al caso concreto: Para esta adopción es de suma importancia que Felipe y Leticia están inscritos en el Registro de Parejas estables de Mallorca, como hemos dicho esta pareja de hecho no es conforme a derecho por lo que es anulable, pero en caso de que esto no se produzca, podría aprovecharse

---

<sup>56</sup> Lo aquí explicado referido al menor no emancipado y el parentesco se fundamenta en los art. 175.2 y .3 del CC.

<sup>57</sup> SAP Valencia núm.797/2015 de 3 diciembre (JUR 2016/127402), (F 3°).

dicha circunstancia ya que con la inscripción se despliegan todos sus efectos legales. Esto facilitaría enormemente la adopción, ya que Felipe se encuentra en el supuesto recogido en el art. 176.2 2º CC.<sup>58</sup>

La ley 26/2015 modifica la redacción de este art. de manera que ya no se emplea el término consorte, sustituyéndose por cónyuge o persona unida por una relación análoga a la conyugal. Aquí no cabe duda de que existe una equiparación total del matrimonio a la pareja de hecho, pero debido que se aplica la redacción anterior del art. acudimos a la jurisprudencia anterior al año 2015 para saber si se entiende igual manera.

En primer lugar la Audiencia Provincial de Madrid en el año 2006 se pronuncia indicando que no se requiere propuesta previa si el adoptando es hijo del consorte del adoptante. El art.176.2 debe interpretarse conforme al art. 14 y 24 de la CE, no se exige que estén casados, se requiere ser hijo del consorte, no cónyuge. Abarca un contenido más amplio de la unión nupcial, ha de extender igualmente su ámbito a aquellos otros supuestos de hombre y mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal.<sup>59</sup>

La Audiencia Provincial de Cantabria ya en el año 1996 estableció los requisitos necesarios para aplicar el art. 176.2 2º CC en aquellos supuestos que no exista la relación matrimonial.

1. Durante el tiempo de convivencia estable debe formarse una unidad familiar que abarque a la pareja y el hijo que se pretende adoptar.
2. El adoptante debe haber contribuido al sostenimiento económico y realizando los cuidados y actividades necesarias para cubrir necesidades afectivas y sociales del adoptando, en este caso con padre biológico desconocido.<sup>60</sup>

Además de las dos anteriores, la Audiencia Provincial de Castellón a fecha 18 julio 2007 se pronuncia afirmando que no es necesaria dicha propuesta de idoneidad si la adopción resulta lo más beneficioso para el menor, dada la situación afectiva entre adoptante y la madre del adoptando, lo que refuerza la consideración que en el papel de padre del menor podrá ostentar el adoptante aún sin serlo biológicamente.<sup>61</sup>

Entendemos que en este supuesto no es necesario la propuesta de idoneidad, ya que conforme a la jurisprudencia analizada Felipe se encuentra incluido dentro del término consorte. Además cumple otros requisitos adicionales como formar un núcleo familiar con el adoptante y la madre de este, contribuir económicamente y afectivamente a su desarrollo, y mantener buena relación con el adoptando.

Impedimento de edad: En el momento de determinar la normativa aplicable hemos explicado que la redacción del art. 175 CC que debe ser empleada al caso es la modificación originada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Por lo tanto, vamos a comprobar lo que este art. dice acerca de la edad.

---

<sup>58</sup> En este art. establece que no se requerirá la propuesta previa de entidad pública a favor del adoptante para iniciar el expediente de adopción cuando el adoptando sea hijo del consorte del adoptante.

<sup>59</sup> SAP Madrid núm. 131/2006 de 12 de mayo, (JUR 2006/192527), (F 2º).

<sup>60</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria núm.41/1995 de 29 julio 1996, (AC 1996/1365), (F 1º y 2º).

<sup>61</sup> AAP Castellón (Sección 2ª) núm. 114/2007 de 18 julio, (JUR 2007/317017), (F 2º).

Art. 175.1 CC; La adopción requiere que el adoptante sea mayor de 25 años. En la adopción por ambos cónyuges basta con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante habrá de tener por lo menos, catorce años más que el adoptado.

La diferencia de edad existente entre Antonio y Felipe tan solo es de 13 años, por lo tanto no se cumple el requisito de la edad. No encontramos aquí recogida ninguna posibilidad de prescindir de dicho requisito de la edad. Si atendemos a la redacción actual de este art. modificado por la ley 26/2015, encontramos que a pesar de que la diferencia de edad aumenta de 14 a 16 años, se introduce un nuevo párrafo que permite prescindir de este requisito en aquellos supuestos del art. 176.2 CC, entre los que encontramos en el apartado 2º la relación existente entre Antonio y Felipe. Aquí no encontraríamos incumplido este requisito, por lo que a priori la adopción podría realizarse sin problema mediante expediente de jurisdicción voluntaria, regulando en los arts. 33 a 39 de la ley 15/2015.

El Juzgado competente para este proceso será el de primera instancia correspondiente a la sede de Entidad Pública encomendada la protección del adoptando o bien domicilio del adoptante. Interviene el Ministerio Fiscal, velando por el interés del menor. Es necesario consentimiento y asentimiento en los mismos términos que anteriormente explicamos conforme al reglamento del Registro Civil. El Juez velará por el interés del menor, ya que podrá practicar cuantas diligencias como considere oportunas. Si todo este proceso se desarrolla de manera satisfactoria finaliza con el testimonio de la resolución firme en que se acuerde la adopción, y este se remite al Registro Civil que corresponda.<sup>62</sup>

A pesar de este breve inciso, debemos ceñirnos a la normativa aplicable, que como ya indicamos anteriormente es la redacción del art. 175.1 CC conforme a la LO 1/1996. Ante esto cabría preguntarnos, ¿hasta qué punto es necesario el requisito de la edad? ¿Sería prescindible en aquellos supuestos en los que el adoptante es pareja de la madre del adoptando? Para resolver estas cuestiones resulta de gran utilidad un auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa del año 1998.

Nos encontramos ante la siguiente situación: se inadmite a trámite la solicitud de adopción en la que el adoptante es el marido de la madre del adoptando, ya que la diferencia de edad entre ellos es de 13 años, siendo necesario 14 como indica el art. 175.1 CC. El estudio de este auto resulta de gran utilidad, ya que existe un vínculo matrimonial y la situación es realmente similar a la planteada en el supuesto. El padre alega que las normas no son interpretadas conforme al art. 3.1 CC y no se atiende al interés del menor.<sup>63</sup>

Fundamenta que la denegación de la misma puede causar un grave perjuicio al

---

<sup>62</sup> El proceso de adopción aquí explicado es conforme a los arts. 33 a 39 de la ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria. Su utilidad es meramente informativa, ya que la adopción de Antonio se realiza conforme al procedimiento recogido en la legislación anterior.

<sup>63</sup> Se establece en este art. que las normas deben ser interpretadas según el sentido propio de sus palabras, adecuándose al contexto, realidad social del tiempo y antecedentes históricos y legislativos.



menor. El adoptando no cuenta figura paterna, ya que su padre está privado de la patria potestad, y además el adoptante es padre de un hermano del adoptando.

El Tribunal entiende que debe ser inadmitida la solicitud de adopción fundamentando lo siguiente:

1. La diferencia de edad entre la persona que solicita la adopción con la persona a la que pretende adoptar constituye un requisito de capacidad procesal. Por tanto, puede y debe ser examinado de oficio por el Juez al examinar la solicitud.
2. A pesar de la excepcionalidad del supuesto, no es posible prescindir de las normas de capacidad, ya que los Tribunales ordinarios no pueden prescindir de un requisito de capacidad establecido por una norma postconstitucional, basándose en el derecho a la tutela judicial.
3. La finalidad perseguida por una norma no justifica la ruptura del ámbito normativo que ella establece. Su interpretación nunca podrá realizarse hasta la ruptura de esta.<sup>64</sup>

Con esto entendemos que el requisito de la edad es necesario independientemente de la relación existente entre el adoptante y la madre biológica del adoptando. Por lo tanto no hay duda en manifestar que conforme a la legislación vigente en el momento de la adopción y la jurisprudencia comentada, la adopción de Antonio por parte de Felipe no es válida, ya que se incumple el requisito de la edad, estrictamente necesario que aparece recogido en el art. 175.1 CC.

---

<sup>64</sup> AAP Guipúzcoa (Sección 3ª) de 21 mayo 1998, (AC 1998/7967), (F 3º).

### **4.3. ¿Puede Leticia solicitar el divorcio? Y en su caso: ¿Les corresponde a Antonio y a Lucia una pensión de alimentos?**

#### **4.3.1.- EL DIVORCIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**

Estamos ante las conocidas como crisis matrimoniales. Dentro de ellas encontramos la nulidad, separación y divorcio. En el divorcio el matrimonio se ha celebrado de manera válida, pero se produce una crisis definitiva por la que se disuelve el vínculo matrimonial. Esta es la única forma de disolver el matrimonio en vida, y junto a la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, es una de las causas de disolución del mismo. A diferencia de la separación, que puede darse de hecho, el divorcio necesita sentencia judicial que así lo declare.<sup>65</sup>

Normativa aplicable: La principal norma que regula el divorcio en nuestro país es la ley 15/2005 de 8 de julio<sup>66</sup> por la que se modifica el CC y la LEC en materia de separación y divorcio. Como precursora encontramos la ley 30/1981, norma encargada de introducir en el CC el divorcio como causa de disolución del matrimonio. Empleamos los arts. 770 a 776 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.<sup>67</sup>

*“Siguiendo la tendencia del resto de los países occidentales, se pretendió con esta ley establecer un divorcio remedio más que un divorcio sanción e introdujo la posibilidad de la separación y divorcio consensuado.”<sup>68</sup> “La trayectoria de la aplicación de la Ley de divorcio en 1981, hasta su modificación en el 2005, muestra un grado de madurez y de tolerancia inexistente en la etapa anterior, tanto de las fuerzas político-sociales del país como de los ciudadanos.”<sup>69</sup>*

Más de 60 años después desde la promulgación de la primera ley de divorcio española, año 1932, y más de 25 años después de la segunda, la Ley 15/2005 de 8 de julio introduce una serie de modificaciones importantes, lo que le vale ganarse el sobrenombre de ley del divorcio Express.

#### **4.3.2.- LETICIA CUMPLE LOS REQUISITOS PARA PODER DIVORCIARSE**

Como hemos indicado anteriormente, entendemos que el matrimonio celebrado por Felipe y Leticia es válido, ya que de lo contrario en ningún caso se podría solicitar el divorcio de un matrimonio nulo. Estaríamos reconociendo validez a algo que no lo es. Aclarado esto, pasamos a estudiar los requisitos necesarios según la normativa aplicable para poder divorciarse. *“Con la reforma ocasionada por la ley 15/2005, no se han ampliado o flexibilizado las causas de separación o divorcio. Lo que se ha hecho es, pura y llanamente, eliminarlas: para que procedan una u otro nada hay que alegar ni probar, simplemente pedirlos, sin que al órgano jurisdiccional interpelado le quepa la posibilidad de desestimar la demanda.”<sup>70</sup>*

---

<sup>65</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de derecho civil...* op. cit. pp. 93 a 96.

<sup>66</sup> BOE núm. 163 de 9 de julio de 2005.

<sup>67</sup> BOE núm. 7 de 8 de Enero de 2000.

<sup>68</sup> JORDÁN VILLACAMPA, M.L.: “El divorcio en España: La ley 15/2005...”, *op. cit.* p. 95.

<sup>69</sup> *Ibidem.* p. 93.

<sup>70</sup> RODRÍGUEZ CHACHON, R.: “La reforma matrimonial de 2005 en materia de separación y divorcio” *op. cit.* p. 111.

El requisito temporal pasa a ser el único exigible, pudiendo prescindir de él en supuestos contenciosos si se acredita la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física o la libertad del cónyuge o sus hijos, así lo indica el art. 81. CC. *“El efecto primario del matrimonio, el vínculo jurídico matrimonial, se disuelve por la mera voluntad de cualquiera de los cónyuges [...] convirtiéndose el juez en este caso en un mero ejecutor legal de la voluntad unilateral o bilateral de las partes.”*<sup>71</sup>

No existe posibilidad de que a Leticia se le deniegue divorciarse de su marido, ya que al eliminar las causas de divorcio solo existe un requisito temporal, el transcurso de un periodo de tiempo superior a tres meses. Este es cumplido por Leticia y Felipe. Además de esto, al apreciar los episodios violentos ocurridos podría acreditarse que existe riesgo para su vida o la de cualquiera de sus hijos, y ya no sería necesario dicho requisito temporal. Concluimos claramente que Leticia puede separarse de su marido, ya que se cumple el único requisito exigible, a continuación analizamos cual será el procedimiento adecuado para hacerlo.

#### **4.3.3- TIPOS DE DIVORCIO**

El divorcio puede ser de mutuo acuerdo o contencioso. En el primero ambos cónyuges lo solicitan, o lo hace uno contando con el consentimiento del otro y con acuerdo del convenio regulador. El divorcio contencioso es solicitado por un único cónyuge, o en supuestos que a pesar de solicitarlo los dos no consiguen llegar a un acuerdo acerca del convenio regulador.<sup>72</sup> Que nos encontremos ante uno u otro determinará el camino procesal a seguir.

Actualmente en supuestos sin hijos y con acuerdo entre los cónyuges, el procedimiento de divorcio resulta muy sencillo gracias a las modificaciones introducidas por la ley de Jurisdicción Voluntaria.<sup>73</sup> Sin embargo no nos encontramos en este caso, ya que existe una hija en común y la interesada en solicitar el divorcio es Leticia, no se menciona que Felipe desee romper el vínculo matrimonial. Además resulta difícil suponer la existencia de un acuerdo debido a la situación conflictiva existente. Debido a esto, lo más adecuado es analizar el procedimiento de divorcio contencioso.

#### **4.3.4- PROCEDIMIENTO DIVORCIO CONTENCIOSO**

Leticia debe presentar una demanda de divorcio ante el juzgado de 1º instancia del domicilio conyugal, esta se tramitará en Juicio Verbal. En ella deben aportarse una serie de documentos como la inscripción del matrimonio y del nacimiento de los hijos. En el caso de solicitar medidas patrimoniales, es necesario aportar documentos que permitan evaluar la situación económica de los cónyuges. Por ejemplo; nóminas, declaraciones tributarias o títulos de propiedad. Pueden solicitarse medidas provisionales previas a la demanda de divorcio, que solo subsistirán si se presenta la misma en un plazo de 30 días.

Otra posibilidad, es presentarlas con la propia demanda. Estas pueden mantenerse,

---

<sup>71</sup> RODRÍGUEZ CHACHON, R. “La reforma matrimonial de 2005...”, *op. cit.* p. 101.

<sup>72</sup> Los dos tipos de divorcio aquí mencionados aparecen recogidos en el art. 81 CC.

<sup>73</sup> El art.82 CC reconoce a los cónyuges la posibilidad de *“acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, bien formulando un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante notario, manifestando la voluntad inequívoca de separarse.”*

o modificarse y será siempre el Juez el encargado de determinar las medidas definitivas. Si no se ha adoptado ninguna, el Juez se pronunciará sobre las relacionadas con los hijos, la vivienda familiar, cautelas y garantías o aprobará las que sustituyan a las ya adoptadas.<sup>74</sup>

Los problemas más comunes que surgen a raíz del divorcio tienen gran relación con los hijos menores que se ven envueltos en la crisis matrimonial de sus padres. El Derecho debe de regular estas situaciones para conseguir que los padres cumplan los deberes respecto a sus hijos, de manera que su ejercicio se vea lo menos entorpecido posible por su ruptura como pareja.<sup>75</sup> Los conflictos más habituales que se producen a raíz de la separación son el régimen de custodia y visita de hijos, la fijación económica de la pensión de alimentos, el régimen de atribución del uso de la vivienda habitual y el establecimiento o no de una pensión compensatoria a favor del cónyuge que sufre un empeoramiento económico.<sup>76</sup>

#### 4.3.5.- RÉGIMEN DE GUARDA Y CRITERIOS QUE LO DETERMINAN

La importancia de su análisis radica en que influye a la hora de pedir una pensión de alimentos. *“Durante la minoría de edad o hasta la emancipación, el Derecho concede a los padres un conjunto de facultades dirigidas a proteger a sus hijos tanto en el ámbito personal como patrimonial. El objetivo es promover su desarrollo físico e intelectual; conjunto que integra lo que se conoce con el nombre de patria potestad.”*<sup>77</sup>

Patria potestad y régimen de guarda son conceptos diferentes. La titularidad y el ejercicio de la patria potestad al producirse un divorcio puede mantenerse por ambos progenitores, continuando así un ejercicio conjunto. Por el contrario, la guarda y custodia exclusiva se ejerce en solitario por el progenitor que indica el convenio regulador o la sentencia de divorcio, incluso si esta es compartida no hay una cotitularidad en la facultad de guarda sino que hay una titularidad sucesiva y alterna, de manera que, en cada momento será guardador el progenitor designado para ejercerla.<sup>78</sup> La guardia y custodia engloba el cuidado directo del menor. Debido a que el correcto desempeño de esta función exige la convivencia entre el progenitor y el hijo, la guarda también implica una situación de convivencia.<sup>79</sup>

Mejor interés del menor: Para otorgar a uno u otro cónyuge la guarda y custodia debe tenerse en cuenta el interés del menor, por lo que se otorgará a aquel que ofrezca mejores garantías para la satisfacción de las necesidades materiales y morales de los hijos. Influirán circunstancias económicas, familiares, culturales y ambientales. La adopción de estas medidas debe guiarse por el llamado favor filii.

---

<sup>74</sup> El procedimiento explicado referido a la presentación de la demanda y la adopción de medidas aparece regulado en los arts. 769 a 774 LEC.

<sup>75</sup> GARCÍA GARNICA, MC.: “Menores y crisis matrimonial” en AA.VV, *Derecho y Familia en el siglo XXI*, (HERRERA CAMPOS, R. y BARRIENTOS RUÍZ, M.A, Dir.) vol. II, Editorial Universidad de Almería, Almería, 2011, p. 995.

<sup>76</sup> CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de Familia, Casos. Reglas. Argumentos*, 1ª edición, Dilex S.L, Madrid, 2006, p. 127.

<sup>77</sup> CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Guarda y custodia de hijos menores Las crisis matrimoniales y de parejas hecho. Procesos declarativos especiales en la LEC*. 1ª edición, La ley, Madrid, 2007. p. 319.

<sup>78</sup> GARCÍA PRESAS, I.: *La patria potestad*, 1ª edición, Dykinson S.L, Madrid, 2011, p.119.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 121.

Guarda exclusiva o compartida: El Juez podrá decidirse por un sistema de guarda exclusiva o compartida, como se contemplan del apartado 4 al 9 del art. 92 CC. El Tribunal Supremo se pronuncia indicado que debe ser el régimen más adecuado, y además los padres deberán ser capaces de mantener un acuerdo de cooperación activo y corresponsabilidad en favor de los hijos. Para ello se valora la proximidad de los domicilios de los padres, buscando que los hijos no vean alterado su entorno y que ambos progenitores mantengan un modelo educativo común.<sup>80</sup>

Existencia de hermanos: El Tribunal Supremo se pronunció acerca de aquellos procesos de divorcio en los que existen hermanos, entendiendo que lo preferible es no separarlos. Si esto fuera inevitable, es necesario motivarlo y que se ajuste al mejor interés del menor dentro de las posibles situaciones que se pueden dar en un momento posterior a la ruptura.<sup>81</sup>

Impedimentos a la custodia compartida: No podrá optar a la custodia compartida el cónyuge que esté incurso en proceso penal por atentar contra la vida, integridad física y moral o libertad de la madre entre otros, o bien si el Juez apreciase la existencia de indicio fundados de violencia doméstica.<sup>82</sup> El Tribunal Supremo en Sentencia a fecha 4 de Febrero de 2016, deniega la custodia compartida debido a la existencia de violencia de género. Entiende aquí que va contra los intereses del menor que una persona condenada por malos tratos ostente la guardia o custodia, tanto de manera exclusiva como compartida.<sup>83</sup>

Atribución a un tercero: Existe la posibilidad de que la guarda y custodia pueda ser ejercida por un tercero, bien un pariente o institución protectora, si es considerado lo más beneficioso para los hijos. Puede ser atribuida a los abuelos si resulta lo más beneficioso para el interés del menor.<sup>84</sup>

Como indicamos anteriormente existe la posibilidad de solicitar medidas de manera previa a la demanda de divorcio. Entre estas encontramos las referidas a la guarda y custodia. En su determinación tiene el Juez amplia discrecionalidad, decidiendo de forma definitiva sobre ellas.<sup>85</sup>

#### **4.3.6.- RÉGIMEN DE GUARDA EXCLUSIVA A FAVOR DE LETICIA**

Por lo aquí expuesto entendemos que Leticia es la progenitora más adecuada para obtener la custodia exclusiva de su hija Lucia, debido a las circunstancias que concurren en el supuesto. Para esto es necesario atender al interés de los hijos menores. Por ejemplo, el Tribunal Supremo apunta que a pesar de que exista una relación buena entre padre e hija, si la guarda exclusiva a favor de la madre resulta lo más beneficioso para su interés, se adoptará esta.<sup>86</sup>

---

<sup>80</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 619/2014 de 30 de octubre, (RJ 2014/5268).

<sup>81</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) recurso núm. 1537/2014 de 25 de Septiembre del 2015 (ROJ 3890/2015).

<sup>82</sup> Esta prohibición se establece en el art. 92. 7 CC.

<sup>83</sup> STS (Sala de lo Civil) núm. 36/2016 de 4 febrero 2016, (CIP 3016/14).

<sup>84</sup> STS de 12 febrero de 1992 (ROJ 1047/1992). En esta sentencia se atribuía la guarda a los abuelos.

<sup>85</sup> CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Guarda y custodia de hijos menores...* op. cit., pp. 115,116.

<sup>86</sup> STS (Sala de lo Civil) núm. 280/2017 de 9 de mayo, (JUR 2017/117435).

Resulta relevante también la corta edad de Lucia, la Audiencia Provincial de a Coruña en sentencia a fecha 30 septiembre de 2016 establece que al haber una hijo de corta edad existe una gran dependencia materna, por lo que lo más beneficioso será custodia exclusiva a favor de su madre.<sup>87</sup>

Conforme a la jurisprudencia analizada y atendiendo a las circunstancias concretas lo más beneficioso para el interés de los hijos menores es que Leticia ejerza la guarda exclusiva. Felipe dedica poco tiempo al cuidado de los dos menores ya que se encuentra continuamente de viaje, por lo tanto es Leticia quien pasa la mayor parte del tiempo con ellos. A su vez al existir dos hermanos es preferible no separarlos si esto es evitable. Además, a raíz de los episodios violentos producidos por Felipe este no podría optar a la guarda compartida.

#### **4.3.7.- CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS**

Concepto: “*La pensión por alimentos es una consecuencia de la obligación que tienen los progenitores de prestar alimentos a sus hijos, derivada de la legalmente determinada. Esta obligación afecta incluso a los que han sido privados de la patria potestad y se extiende en el tiempo mientras los hijos sean menores o los necesitan para vivir. Debe ser entendida en un sentido muy amplio, al comprender no solamente los conceptos que se enumeran en el art. 142 del CC, sino todo aquello que se considera necesario para que el menor pueda seguir viviendo en condiciones similares anteriores a la ruptura de sus progenitores.*”<sup>88</sup>

Obligados: Los padres tienen la obligación de alimentar a sus hijos, aunque hayan sido privados de la patria potestad. En el caso de que se produce un divorcio, la obligación de alimentos debe ser especificada en la sentencia por el Juez, indicando la contribución de cada progenitor para satisfacerlos.

Derecho: El derecho a ser alimentado es reconocido como un derecho fundamental para el menor, por lo que es abundante la normativa que se ocupa de su regulación.<sup>89</sup> De ahí deriva precisamente lo previsto en el art. 110 CC según el cual, el padre y madre como obligación deriva del hecho de la filiación tienen el deber de velar por los hijos menores y prestarles alimentos.<sup>90</sup> Además, este derecho es reconocido por algunas normas internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.<sup>91</sup>

Origen: La obligación de dar alimentos que tiene todo progenitor en favor de los hijos tiene su origen en la relación paterno filial existente.

Cuantía: Para determinarla se atiende a las necesidades de quien los recibe y medios de quien los da. Un aumento en los ingresos del obligado a darlos provoca un

---

<sup>87</sup> SAP a Coruña núm. 291/2016 de 30 septiembre, (JUR 2016/241052).

<sup>88</sup> RODA Y RODA, D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad...* op. cit. p.113.

<sup>89</sup> Aparece recogido en el art. 39 de la Constitución el deber de los poderes públicos por asegurar la protección integral de los hijos, a la par que el deber de los padres de prestar asistencia a los hijos mientras sean menores.

<sup>90</sup> CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Guarda y custodia de hijos menores...* op. cit. p. 340.

<sup>91</sup> En el art. 25.1 de esta Declaración se recoge el derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure cubrir sus necesidades primarias, y en aquellos casos que no pueda realizarlo por sí mismo debido a circunstancias independientes a su voluntad tiene derecho a una serie de prestaciones.

aumento en la aportación que realiza.<sup>92</sup> Es necesario que para modificar las medidas adoptadas se produzca una alteración seria y sustancial.<sup>93</sup> Es decir, debe ser notable y no valdría cualquier cambio de carácter leve, por ejemplo un progenitor se queda sin trabajo. Determinar la cuantía no es una tarea sencilla, y para ello es de gran utilidad una serie de tablas publicadas por el Consejo General del Poder Judicial que unificaban criterios doctrinales relacionados con esta obligación.

En la cuantía de la pensión influye el sistema de guarda y custodia, ya que los gastos no son los mismos en el caso de que los menores vayan siempre con el cónyuge guardador o alternativamente con los dos cónyuges. *“Las prestaciones deben ser efectivas y adaptarse a las necesidades económicas de los hijos, la persona que tiene la capacidad para determinar la contribución de cada progenitor es el Juez. Respeto de los alimentos, la adjudicación y disfrute de la vivienda familiar cubre la habitación a la que se refiere el artículo 142 CC, y por tanto, se ha de considerar pago en especie de dicha pensión.”*<sup>94</sup>

El Tribunal Supremo se pronunció estableciendo que carecer de ingresos no exime del cumplimiento de la obligación de alimentos, ya que en este caso podría responder el patrimonio del obligado. Existen casos en los que un padre fue obligado a pagar dicha pensión a pesar de entrar en prisión, respondiendo con su patrimonio.<sup>95</sup>

#### **4.3.8.- PENSIÓN DE ALIMENTOS PARA LUCIA**

Con lo explicado referente a la pensión de alimentos concluimos lo siguiente;

Lucia es la titular del derecho a la pensión de alimentos. Al tratarse de un menor de edad, su madre estará legitimada para reclamarla. El objeto de esta pensión es como explicamos anteriormente dotarle de lo necesario para el sustento. Excluimos a Antonio ya que los alimentos se determinarán por la filiación, y al determinarse que la adopción no ha sido válida no se pueden reclamar alimentos.<sup>96</sup>

Determinado que el régimen de guarda será exclusiva, el progenitor no custodio será el encargado de aportar el montante correspondiente a la pensión de alimentos. Se fundamenta en la relación paterno filial que le confiere un carácter muy amplio a la obligación, mucho más allá de la que existe entre parientes. Esto provoca que el límite en la obligación alcance hasta la propia subsistencia, defendiendo que la obligación de alimentos está ligada a los especiales intereses protegidos.<sup>97</sup> Esto permite una interpretación más amplia de las normas, de manera que un cónyuge no custodio, que no recibe ingresos, pero que cuenta con medios económicos suficiente se ve obligado a pagar pensión alimentos a favor de su hija. Se entiende que es uno de los contenidos ineludibles la patria potestad dotado de un gran contenido ético.

---

<sup>92</sup> SAP Murcia núm. 458/2001 de 15 octubre 2001.

<sup>93</sup> SAP Coruña de 29 marzo 2007, (JUR 2007/132065).

<sup>94</sup> RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E.: *Obligaciones de los cónyuges tras el divorcio o la separación. Hipoteca sobre la vivienda familiar, pensión alimenticia y pensión compensatoria*. 1ª edición, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 62 a 64.

<sup>95</sup> STS núm. 564/2014 de 14 octubre 2014, (ROJ 3877/2014).

<sup>96</sup> Acudiendo al Título VI CC comprobamos que la obligación de alimento comprende solamente a aquellos entre los que existe relación de parentesco.

<sup>97</sup> STS (Sala 1º de lo Civil) núm. 678/2012 de 8 noviembre de 2012, (ROJ 10136/2012), (F 2º).

Esta pensión de alimentos durará el tiempo que exista dicha situación de necesidad, y no se extinguirá por la mayoría de edad. Por ejemplo la Audiencia Provincial de Jaén reconoce dicha pensión a una mujer mayor de edad que vive en el domicilio de su madre y ha finalizado los estudios. Entiende que esta situación de desempleo que vive es ajena a su voluntad, y aunque trabaja esporádicamente esto no fundamenta la supresión de la pensión.<sup>98</sup> En la cantidad influyen las necesidades de quien la recibe y la capacidad de quien las da.

Ante la falta de acuerdo, será el Juez quien determinará la cantidad que deberá aportar. Las obligaciones de los padres respecto a los hijos no se extinguen por motivo de separación, nulidad o divorcio.<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> SAP Jaén núm. 256/2014 de 19 junio (JUR 2014/205340).

<sup>99</sup> Lo aquí expuesto se fundamenta en los arts. 92.1 y 93 CC.



#### **4.4.- ¿A quién debe atribuírsele el uso de la vivienda (donde residen actualmente, situada en Lugo)?**

##### **4.4.1- LA VIVIENDA FAMILIAR**

Concepto: Cuando hablamos del derecho a uso de la vivienda nos referimos en todo caso a la vivienda familiar, que aparece mencionada en el artículo 96 del CC. El Tribunal Supremo en la sentencia a fecha 31 de Diciembre la define como “*un bien familiar, no patrimonial, que está al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella asienta, quien quiera que sea el propietario.*”<sup>100</sup>

Determinación: Debe ser una vivienda en sentido estricto y en ella debe haberse producido la convivencia de la familia en algún momento del pasado. Es cierto que en el enunciado ya se especifica que se refiere a la vivienda de Lugo, pero esto tiene una razón ya que también podríamos entender que tiene carácter de vivienda familiar el inmueble situado en Palma de Mallorca donde convivieron Felipe, Leticia y el hijo de esta al comienzo de la relación.

En el piso situado en Lugo se convive durante un mayor periodo de tiempo, y ya con los dos hijos menores. El menor con anterioridad a la ruptura de sus progenitores ha desarrollado su vida en un entorno concreto constituido por la vivienda familiar. Si tras la ruptura tiene que abandonar la vivienda, también lo hace del entorno donde ha desarrollado su evolución, por lo que claramente se le perjudica.<sup>101</sup> El cambio del entorno y la consiguiente pérdida de amigos, compañeros de escuela, profesor, etc. Es un perjuicio que debe ser evitado. La vivienda de Lugo es la más adecuada para solicitar el uso.

El Tribunal Supremo en sentencia a fecha 9 de junio de 2012, indica que en los procesos de separación matrimonial no cabe atribuir el uso a locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar.<sup>102</sup>

##### **4.4.2.- ATRIBUCIÓN EN EL USO**

Posibilidad de acuerdo: Es posible que exista acuerdo sobre el uso de la vivienda en proceso de separación o divorcio. Normalmente se recoge en convenio regulador o en un acuerdo especial, incluso anterior al proceso. Es de gran importancia la existencia de hijos menores como ocurre en el supuesto, ya que en tales circunstancias aunque existiera acuerdo sobre el uso debería ser aprobado este por el Juez, tutelando así los intereses de los hijos.

Un ejemplo de acuerdo es aquel en el que se prevé que el uso de la vivienda será atribuido a la madre si se queda con los hijos, pero si esta desea no emplear la misma y el marido recupera el uso de la vivienda deberá compensar económicamente para que la mujer pueda alquilar una vivienda acorde a las necesidades de la familia.<sup>103</sup> Aquí no se menciona existencia de acuerdo, a falta de éste es el Juez quien se encarga de determinar la atribución del uso con respecto a la vivienda familiar. La decisión judicial tiene vital importancia. El pronunciamiento atinente a la vivienda es necesario en las sentencias

---

<sup>100</sup> STS (Sala 1º de lo Civil) de 31 diciembre 1994, (ROJ 1994/10330).

<sup>101</sup> RODA Y RODA, D. *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad...* op. cit. p. 106.

<sup>102</sup> STS (Sala Civil sección 1ª) núm. 284/2012 de 9 junio de 2012, (ROJ 3057/2012).

<sup>103</sup> SAP Salamanca de 18 Febrero 1999, (Ac 1999/3218).

matrimoniales cuando existen hijos menores, por lo que el pronunciamiento debe efectuarse aun en el caso de que no se hubiere efectuado petición.<sup>104</sup>

Carácter privativo o ganancial: No influye la propiedad de la vivienda para determinar su uso. El Tribunal Supremo en sentencia nº 660/2014 establece que para ello es indiferente el régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada de sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo que los progenitores ostenten la titularidad sobre el bien.<sup>105</sup>

Carácter exclusivo: El uso de la vivienda después del divorcio tendrá carácter exclusivo para los beneficiarios del mismo. El cese de la convivencia conyugal, que es algo connatural a la nulidad, a la separación y al divorcio, es incompatible con el uso compartido de la vivienda familiar.<sup>106</sup>

Se contempla como excepción que la vivienda familiar es sí esta fuese susceptible de división en dos independientes, nunca forzando una convivencia en habitaciones separadas haciendo uso común del resto de las estancias, lo que provocaría continuos conflictos.<sup>107</sup>

#### 4.4.3.- TITULAR DEL DERECHO

Como podemos observar en la doctrina, el verdadero titular del derecho de uso son los hijos, destinatarios directos de tal asignación, y no el progenitor custodio, a quien se le atribuye el derecho indirectamente por haberle otorgado la custodia, si son menores, o de la voluntaria convivencia de los hijos con el mismo, si son mayores de edad.<sup>108</sup> Son los hijos, ya sean menores o incapacitados o con derecho a alimentos, los titulares del goce de la vivienda, junto con el cónyuge que conviva con ellos.<sup>109</sup>

El Juez debe decidir cuando no existe acuerdo aún en aquellos supuestos que no existiera petición sobre el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella. Podemos partir de una regla muy clara de atribución de uso: Cuando se trate de hijos menores de edad la atribución de la vivienda se hará necesariamente a los hijos y al cónyuge que tenga atribuida la guarda.<sup>110</sup>

Existe una excepción a la doctrina general, y es que el tener atribuida la custodia de los hijos no implica la atribución automática de la vivienda familiar en aquellos supuestos en los que el no custodio es el más necesitado y el progenitor custodio tiene medios suficientes para cubrir las necesidades de vivienda para sí mismo y los menores.<sup>111</sup> Si el progenitor que queda con la guarda de los hijos dispone de otra vivienda en la misma localidad, el uso de la vivienda familiar puede atribuirse al que no quedan los hijos.<sup>112</sup> Resulta más complicado determinar el uso en aquellos casos que los hijos queden en

---

<sup>104</sup> MONTERO AROCA, J.: *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales*. 1ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 57.

<sup>105</sup> STS (Sala 1º de lo Civil) núm. 660/2014 de 28 noviembre 2014.

<sup>106</sup> MONTERO AROCA, J.: *El uso de la vivienda familiar...* op. cit. p. 83.

<sup>107</sup> SAP Tenerife de 1 julio 1991. En ella se inadmite la posibilidad de compartir uso de la vivienda.

<sup>108</sup> RODA Y RODA, D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad...* op. cit. pp. 106 a 107.

<sup>109</sup> SAP Las Palmas de 27 julio 1998, (AC 1998/6876) y SAP Ciudad Real de 3 de marzo de 1998, (AC 1998/3819).

<sup>110</sup> MONTERO AROCA, J.: *El uso de la vivienda familiar...* op. cit. p. 89.

<sup>111</sup> RODA Y RODA, D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad...* op. cit. p. 112.

<sup>112</sup> MONTERO AROCA, J.: *El uso de la vivienda familiar...* op. cit. p. 66.

compañía de ambos cónyuges. Como indica el Tribunal Supremos en la sentencia núm. 183/2017 se aplicará el párrafo segundo del art. 96 CC, por lo que el juez pondera las circunstancias atendiendo al interés del más necesitado de protección, que es compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus padres y la titularidad de la vivienda familiar, si es ganancial, privativa o de un tercero.<sup>113</sup>

El derecho al uso de la vivienda se fundamente en este caso en el interés más necesitado de protección de los hijos menores. Por lo que si la guardia y custodia se atribuye a Leticia, como norma general tendrán derecho a uso de la vivienda la hija que tiene en común con su pareja, y ella convivirá con ella y su hijo. No apreciamos ninguna circunstancia de las explicadas que indiquen que podrá hacer uso de otra vivienda o no tendría derecho a la misma, por lo que podrán utilizar la vivienda familiar de Lugo.

#### **4.4.4.- CARÁCTER TEMPORAL DEL USO DE LA VIVIENDA**

Resulta importante determinar el tiempo por el que pueden hacer uso de la vivienda. Analizando la jurisprudencia al respecto llegamos a las siguientes conclusiones:

No existe plazo: Con la atribución del uso de la vivienda protegemos el derecho que tiene el menor en situación de crisis de pareja, nunca el de propiedad. El Tribunal Supremo en sentencia a fecha 18 mayo de 2015 se pronuncia afirmando que mientras los hijos son menores de edad, son los titulares del derecho al uso de la vivienda. Esto es una manifestación del principio del interés del menor que no puede ser limitada por el juez salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil, por lo que no cabe establecer plazo alguno.<sup>114</sup> La Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia fecha 11 de Abril de 2001, entiende que la fijación de un plazo, término o condición extintiva del derecho de uso de la vivienda familiar es completamente improcedente. El fundamento de dicha asignación es la protección del núcleo familiar en el que quedan los hijos comunes.

Mayoría de edad: Esta no provoca el cese del derecho a uso de la vivienda de manera automática. Por ejemplo la Audiencia Provincial de Zamora establece que podrá continuar el uso de la vivienda familiar hasta que los hijos abandonen la convivencia con la madre.<sup>115</sup>

A su vez la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia a fecha 14 de Febrero de 1990 se pronuncia sobre el art. 96 CC indicando que el uso del domicilio familiar podrá prolongarse más allá del tiempo en que dure la minoría de edad de los hijos, ya que la adquisición de la mayoría de edad civil no coincide con el momento en que la persona haya desarrollado su capacidad material de forma que le permita sufragar sus propias necesidades económicas. Por eso la utilización de la vivienda debe ampliarse a un período de tiempo no concreto, pues depende del caso reúne peculiares características que lo determinan y deben coincidir con la independencia económica de los hijos.<sup>116</sup>

A pesar de lo aquí expuesto el uso de la vivienda familiar no tiene carácter vitalicio, esta cesará en el momento que finalicen las necesidades de los usuarios.<sup>117</sup>

---

<sup>113</sup> STS (Sala 1º de lo Civil) núm. 183/2017 de 14 de Marzo de 2017, (ROJ 2007/3561).

<sup>114</sup> STS (Sala 1º de lo civil) núm. 282/2015 de 18 de mayo de 2015.

<sup>115</sup> SAP Zamora de 29 enero de 1999, (AC 1999/2005).

<sup>116</sup> SAP Barcelona de 14 febrero 1990.

<sup>117</sup> SAP Girona núm. 74/2011 de 22 de Febrero de 2011, (RJ 605/2010).

#### **4.4.5.- LUCÍA TIENE DERECHO AL USO DE LA VIVIENDA**

Con lo explicando en este apartado concluimos lo siguiente:

Ante falta de acuerdo sobre el uso de la vivienda será el Juez quien determine el titular del uso de la vivienda. Al existir una hija menor en común, se atribuirá el uso a ella y al cónyuge guardador, conforme a la jurisprudencia analizada y la doctrina del TS, esta atribución es una manifestación manifiesta del principio del interés del menor.<sup>118</sup>

Este uso es exclusivo, no depende de la titularidad del bien, no se le puede imponer un límite temporal y no presenta a su vez carácter vitalicio.<sup>119</sup>

Por lo tanto, Leticia podrá convivir con su hija Lucia, que es la titular del derecho al uso de la vivienda por el tiempo que continúe la necesidad de hacer uso de la misma, conservando su marido la titularidad de la propiedad de ésta.

---

<sup>118</sup> Nos referimos aquí a las distintas sentencias de las Audiencias Provinciales analizadas en el apartado anterior y la STS núm. 282/2015, en las que se atribuye el uso a los hijos menores y cónyuge guardador.

<sup>119</sup> Lo aquí explicado son las características que presenta el uso de la vivienda tras el divorcio encontradas con el estudio de la Jurisprudencia realizada en el apartado anterior.

#### 4.5.- ¿Las actuaciones de Felipe son constitutivas de delito?

En esta pregunta analizamos el comportamiento de Felipe con su mujer. Aunque en unos inicios la relación entre la pareja estaba marcada por la cordialidad y la felicidad, la convivencia se fue deteriorando hasta comportarse de una manera agresiva y menospreciar a su mujer.

El objetivo es analizar la conducta de Felipe, desde las acciones que se pueden considerar menos graves conforme a la perspectiva penalista, hasta aquellas que presentan una mayor gravedad.

##### 4.5.1.- DELITO DE STALKING

Supuesto de hecho: Leticia comenta a sus vecinas que su marido se comunica de manera continua con ella mediante el servicio de mensajería Whatsapp. El objeto de esta comunicación es tener pleno conocimiento sobre lo que hace la mujer, en qué lugar se encuentra y sobre todo con quien.

La conducta aquí descrita podría encajar dentro del denominado delito de Stalking, recogido en el Código Penal en su art. 172 ter, en concreto el tipo agravado recogido en el apartado 2.<sup>120</sup> Este término es un anglicismo que engloba conductas de acoso, acecho u hostigamiento como pueden ser; llamadas telefónicas, envío de cartas o mensajes, paquetes, merodeos o seguimientos.<sup>121</sup>

Bien jurídico protegido: Se protege la libertad del individuo, entendida como libertad de obrar de quien sufre ataques graves que provocan una grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana.<sup>122</sup>

Modalidades:

1. Vigilar, perseguir o buscar una cercanía física.
2. Establecer o intentar establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación o por medio de terceras personas.
3. Realizar un uso indebido de sus datos personales para la adquisición de productos o mercancías, el contrato de servicios o hacer que terceras personas se pongan en contacto con ella.
4. Atentar contra la libertad o el patrimonio de la persona.

Aplicando esto al caso concreto, se podría encuadrar la conducta de Felipe en las dos primeras conductas de las aquí explicadas.<sup>123</sup>

Requisitos consumación: Es necesario que los actos provoquen un grave trastorno o alteración en el desarrollo de la vida cotidiana. Debe causarse un grave trastorno a la vida diaria y condicionar de una forma permanente el pensamiento y la propia conducta

---

<sup>120</sup> Se contempla un tipo agravado en el que la persona que realiza la conducta es el cónyuge o persona que ha estado unida a la víctima por análoga relación a la conyugal.

<sup>121</sup> ZBAIRI PARDILLO, N. E.: "El Stalking como nueva forma de acoso. Las limitaciones de la regulación y las intervenciones actuales." *Universidad autónoma de Barcelona*. 2015. pp. 5 a 12. [https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2015/133348/TFG\\_nezbairipardillo.pdf](https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2015/133348/TFG_nezbairipardillo.pdf) → fecha acceso: 28/5/2017

<sup>122</sup> Sentencia Juzgado primera instancia e instrucción nº3 de Tudela núm. 260/2016 de 23 marzo 2016, (ARP 2016/215), (F1º).

<sup>123</sup> Las modalidades explicadas aparecen tipifica en el art. 172 ter a raíz de la SJPI núm. 3 de Tudela anteriormente citada, que es la primera dictada sobre este delito.

que no solo afecta a la seguridad y tranquilidad necesarias para cumplir las propias funciones del desarrollo de la vida cotidiana, sino que afecta además al orden de la privacidad.<sup>124</sup>

Conclusión: El pleno de la Sala II del Tribunal Supremo se pronuncia sobre dicho delito estableciendo dos requisitos necesarios para entender su existencia.

1. La conducta requiere una prolongación temporal de la voluntad de perseverar en esas acciones intrusivas.
2. Idoneidad para provocar un cambio en la forma de vida de la persona acorralada por un acoso sistemático sin visos de cesar.

Por ejemplo el Tribunal Supremo rechaza el recurso en el que una mujer solicita aplicar el tipo penal del art. 172.2 ter a su ex pareja, ya que entiende que la conducta esporádica no contiene la idoneidad para causar estos graves trastornos.<sup>125</sup> “*Las características comunes extraídas de varias publicaciones concluyen que el delito de Stalking supone una intromisión indeseada, obsesiva y persistente de una persona en la vida de la víctima, que rechaza la relación con el sujeto que lleva a cabo los contactos, el acosador a través de todo tipo de medios*”.<sup>126</sup>

Con todo lo aquí expuesto concluyo que no se dan las condiciones necesarias para entender que se produce delito de Stalking. Leticia no muestra un rechazo firme a la conducta de su marido, y esta no altera gravemente su vida cotidiana. No se produce un sentimiento de intranquilidad o inseguridad debido al comportamiento de su marido, no se aprecia delito de Stalking.

#### **4.5.2.- VIOLENCIA EN EL ÁMBITO FAMILIAR**

Supuesto de hecho: Felipe da un empujón a su mujer cuando discuten sobre cuidar a su madre que había tenido un accidente doméstico. Leticia acude al médico pero le dice que todo está bien y que no hay secuelas.

Lo aquí expuesto podría encajar dentro del delito de lesiones recogido en el artículo 147.3 del C.P.<sup>127</sup> Resulta relevante la relación que existe entre Leticia y Felipe, ya que encontramos un tipo agravado en el art. 153.1 CP.<sup>128</sup> Debido a esto, ya no nos encontramos dentro de un delito de lesiones atenuado, sino en uno de violencia dentro del ámbito familiar.

Bien jurídico protegido: A pesar de que nos encontramos dentro de los delitos de lesiones, el bien jurídico aquí protegido se extiende más allá de la integridad personal. Este delito trasciende a los actos de agresión individuales afectando a valores constitucionales de primer orden, como el derecho a la dignidad de la persona, protegiéndose la pacífica convivencia familiar.<sup>129</sup>

Requisitos: La lesión no requiere para su curación una asistencia facultativa, sino que es necesario comprobar si la persona afectada se encuentra dentro del ámbito familiar,

---

<sup>124</sup> SAP León (Sección 3ª) núm. 165/2017 de 10 febrero, (JUR 2017/67204), (F 3º).

<sup>125</sup> STS núm. 1647/2017 de 9 de mayo (RJ 324/2017) (F 4º).

<sup>126</sup> ZBAIRI PARDILLO, N. E.: “El Stalking como nueva forma de acoso...” *op. cit.* p. 7

<sup>127</sup> En este art. se castiga golpear o maltratar de obra sin causar lesión.

<sup>128</sup> Tipo agravado que se produce cuando entre otros, la ofendida haya sido su esposa.

<sup>129</sup> SAP Zaragoza núm. 43/2012 de 8 febrero de 2012.

y esto incluiría a la esposa incluso en aquellos supuestos que se encuentre en trámites de separación o divorcio.<sup>130</sup>

**Conclusión:** Con carácter general la doctrina entiende que no es suficiente para apreciar la existencia de un delito de violencia dentro del ámbito familiar que la ofendida hubiese sido esposa o pareja del autor de la lesión, sino que es necesario un valor añadido en la conducta de maltrato. Esto es que se manifieste como una discriminación, una situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres.<sup>131</sup> Esto se observa además en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.<sup>132</sup>

Encontramos aquí división en la interpretación de las Audiencias Provinciales, entre los que entienden como requisito necesario demostrar dicha relación de desigualdad y las que no, aplicándola de manera automática.<sup>133</sup> El Tribunal Supremo en un intento de unificar la doctrina afirma que de acuerdo que la aplicación del art. 153.1 CP debe ajustarse a tenor literal, y solamente excluyendo determinados supuestos concretos. No es necesario demostrar un elemento subjetivo peculiar o dolo específico, sino que solo si el episodio de violencia es totalmente ajeno a la concepción socialmente arraigada de violencia sobre la mujer no se aplicaría.<sup>134</sup> Por ejemplo, no se castiga por esta vía una pelea entre dos compañeros de trabajo por motivos laborales que habían estado casados mucho tiempo atrás.

Con este tipo penal el legislador pretende sancionar unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente debido al contexto en el que se producen, a la vez que originan una desigualdad en las relaciones de pareja muy grave.<sup>135</sup>

Con lo aquí expuesto, concluimos que Felipe comete el delito tipificado en el art. 153.1 CP, ya que aquí apreciamos que en el empujón que da a su mujer se dan los requisitos expuestos anteriormente. La agresión tiene lugar en un marco de dominación de Felipe hacia su mujer, causando una desigualdad en la relación y manifestando una eventual discriminación.

---

<sup>130</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J.M y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B.: *Derecho penal parte especial. Un estudio a través del sistema de casos resueltos*. 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008. pp. 107 a 109.

<sup>131</sup> SAP León núm. 612/2013 de 17 de septiembre de 2013, (F 4º).

<sup>132</sup> En su art. 1.1 establece que “*tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*”.

<sup>133</sup> STS (sala 2ª de lo Penal) núm. 654/2009 de 8 de Junio 2009.

<sup>134</sup> La STC núm. 81/2008 de 17 julio, (RTC 2008/8) establece que “*el trato penal diferente en la misma conducta en función del sexo se fundamenta en la protección de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres en el ámbito de la pareja, debido a la mayor gravedad de las conductas diferenciadas, que toma en cuenta su significado social objetivo y su lesividad peculiar para la seguridad, la libertad y la dignidad de las mujeres, siendo conforme a la CE.*”

<sup>135</sup> STS núm. 856/2014 de 26 de Diciembre, que se refiere al fundamento de derecho séptimo de la STC núm. 159/2008 de 14 de mayo.

#### 4.5.3.- COACCIONES EN EL ÁMBITO FAMILIAR

Supuesto de hecho: Leticia acude con su marido a cuidar a la madre de este. Ella, harta de la situación le dice que no va a ser la niñera de nadie, ante lo que él reacciona diciéndole que puede irse, pero no volverá a ver a sus hijos.

Esto puede encajar dentro de un delito de coacciones leves, que como se recoge en el art. 172.1 CP consiste en impedir a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto. Debido a la relación existente entre ellos encaja en el apartado 2 del art. 172 CP.<sup>136</sup> Juzgar la gravedad del mismo resulta tarea complicada, y para ello se atiende a factores como la gravedad del mal pronosticado, la seriedad, o la reiteración.

Bien jurídico protegible: La libertad de obrar, de ejecutar lo ya decidido. Leticia no quería seguir cuidando a la madre de su marido, pero el intenta que ella siga haciéndolo.

Conclusión: Para entender la conducta que aquí se persigue acudimos a la Jurisprudencia. Es de gran ayuda la Sentencia de la Audiencia Provincial a fecha 16 junio 2016 se castiga como autor de este delito a un ex marido que le decía a su mujer que se iba a quitar la vida, y ella era la única que podía evitarlo. El objetivo era que ella decidiera retomar la relación.<sup>137</sup>

Otro ejemplo lo encontramos en la Audiencia Provincial de Cádiz, se condena a un hombre como autor del delito debido a que mientras estaba en la cárcel enviaba cartas a su exmujer, que no quería tener ningún contacto con él, diciéndole que sino lo iba a visitar, al quedar en libertad la mataría.<sup>138</sup>

Es necesario que exista una conducta violenta con el objetivo de limitar la libertad personal de la víctima.<sup>139</sup> Entiendo por lo aquí explicado que Felipe coacciona a su mujer con el objetivo de que le ayude a cuidar a su madre, ya que la conducta es idónea para causar sensación de temor a la víctima y afectar a su libertad personal, obligándole a hacer lo que ella no quiere.

#### 4.5.4.- DELITO DE LESIONES

Supuesto de hecho: Felipe golpea varias veces a su mujer y la tira al suelo. Esto le provoca un esguince y fuertes dolores cervicales.

Se produce la conducta descrita en el art. 147.1 CP, se castiga causar una lesión que menoscabe la integridad corporal o salud física o mental, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. Aquí aplicamos el tipo agravado del art. 148.4 CP.<sup>140</sup>

---

<sup>136</sup> Se castiga coaccionar de modo leve quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad.

<sup>137</sup> SAP Cáceres (Sección 2ª) núm. 213/2016 de 16 junio, (JUR 2016/243731).

<sup>138</sup> SAP Cádiz (Sección 3ª) núm. 406/2013 de 10 diciembre, (JUR 2014/73839).

<sup>139</sup> SAP Soria núm.70/2014 de 4 septiembre, (ARP 2014/1151).

<sup>140</sup> Se aplica debido a que en el que la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.



Bien jurídico protegido: La doctrina se pronuncia afirmando que el bien jurídico protegido puede ser único, doble o triple. Sin embargo la segunda opción es la más acertada, ya que protegemos la salud y la integridad corporal, no podemos prescindir de esta a pesar de que determinados tratamientos atentan contra la integridad corporal. Se protege la salud, tanto física como psíquica, englobando al propio ser humano.<sup>141</sup>

Requisitos: En este tipo de lesiones es necesario que para su curación, además de primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. Leticia acude al médico, por lo que no hay dudas respecto a lo primero. Por lo tanto es necesario conocer si el uso de collarín, receta de antiinflamatorios o analgésicos y reposo son considerados tratamiento médico, para ello acudimos a la jurisprudencia existente sobre la materia.

El Tribunal Supremo en sentencia a fecha 8 de Mayo 2014 se pronuncia a favor del reposo como tratamiento médico si este tiene fines rehabilitadores, en sentido de inmovilización prescrita en ciertas dolencias como fracturas óseas y problemas de articulaciones siendo esto necesario para la curación. Se sigue así la doctrina establecida por los Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid, que se reunieron con el objetivo de unificar criterios en el año 2004. Estos decidieron que la aplicación de antiinflamatorios, collarín cervical, y/o un período de rehabilitación, deben ser considerados como tratamiento médico.<sup>142</sup>

En lo que se refiere al tratamiento farmacológico, el Tribunal entiende que la prescripción por parte del médico y desde la primera asistencia de antiinflamatorios y antibióticos a administrar incluso por el propio afectado, se debe calificar como tratamiento médico cuando estos fármacos son prescritos en el marco de la planificación de un sistema curativo.<sup>143</sup>

Entendemos por lo tanto que para la curación de las lesiones existentes Leticia debe seguir un tratamiento médico, encontrando aquí cumplidos los requisitos para un tipo básico del delito de lesiones, que es la existencia de la misma, una primera asistencia facultativa y que a la misma le siga un tratamiento médico.<sup>144</sup>

Conclusión: Resulta de gran interés una sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga a fecha 2 de febrero de 2015, en la que se juzgan entre otros el delito aquí estudiado. Se trata de una pareja que experimenta episodios violentos durante la convivencia, y en alguno de ellos el acusado, da patadas y puñetazos a su exmujer llegando a romperle la mandíbula. Por esto es declarado culpable por el Tribunal, es castigado con una pena de tres años de prisión y con la prohibición de aproximarse a la víctima a menos de quinientos metros y a no comunicarse con ella durante un plazo de seis años.<sup>145</sup>

Conforme a lo expuesto, entiendo que se cumplen los requisitos necesarios en cuanto a la lesión producida, la relación con el agresor, consulta y posterior tratamiento médico para entender que se produce este delito de lesiones.

---

<sup>141</sup> GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J.: *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*. 1ª edición, Areces S.A, Madrid, 2006. pp. 22 a 31.

<sup>142</sup> STS (Sala 2º de lo penal) núm. 19/2016 de 26 enero de 2016.

<sup>143</sup> STS núm. 353/2014 de 8 de Mayo, (ROJ 2014/4210).

<sup>144</sup> Estos son los requisitos objetivos establecidos en el art. 147.1 CP.

<sup>145</sup> SAP Málaga de 2 febrero 2015.

#### 4.5.5.- VIOLENCIA DOMÉSTICA

Supuesto de hecho: Hasta este apartado hemos analizado de una manera individual las distintas acciones delictivas que atentan contra la integridad física y psíquica de Leticia cometidas por su pareja, sin embargo es necesario apreciar si se produce un daño mucho mayor, que sería la afectación de valores fundamentales de las personas dañando el núcleo familiar.

Lo aquí expuesto puede encajar dentro del delito de violencia doméstica, que se recoge en el art. 173.2 CP. Se castiga la ejecución de actos de violencia física o psíquica perpetrados de forma asidua sobre sujetos comprendidos en el ámbito familiar o cuasi familiar, con los que se convive o concurre una vinculación personal persistente. Se persigue un clima sistemático de maltrato, no sólo por lo que implica de vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos, sino además por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en ese ambiente familiar.<sup>146</sup>

Bien jurídico protegido: Se protege la dignidad de la persona y su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la familia, protegiéndose al tiempo la paz en el núcleo familiar como bien jurídico colectivo.<sup>147</sup>

Requisitos: El Tribunal Supremo afirma que la conducta realizada debe atentar contra la paz familiar. Se concreta en las agresiones producidas que permitan conocer la habitualidad, que junto el ataque a la paz familiar constituyen los dos pilares del tipo penal.<sup>148</sup>

Conclusión: Resulta de gran utilidad al caso la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 232/2015. Se condena como autor de este delito a un hombre que corrige a gritos a su pareja cuando esta habla, esconde las llaves de su casa, golpea en varias ocasiones y obliga a someterse a una revisión ginecológica en contra de su voluntad. Se fundamenta la condena en el clima de violencia, humillación, vejación, sometimiento físico y emocional, que afectó a su integridad física y moral, a su dignidad y al desarrollo de su personalidad y de su vida en los distintos ámbitos de relación que el acusado pretendió controlar y no en actos concretos.

Es de gran ayuda para entender los requisitos necesarios para que se produzca este delito una Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del año 2016 que guarda una gran similitud a la situación planteada en el supuesto. Se consideran probados dos episodios violentos concretos y que la pareja discutía y el acusado dirigía a la denunciante expresiones vejatorias. Aquí el Tribunal entiende que no existe habitualidad, a pesar de que una parte de la jurisprudencia entiende la habitualidad al producirse el tercer acto violento,<sup>149</sup> o algunas sentencias como la núm. 1208/2000 a fecha 7 julio del Tribunal Supremo incluso apreció esta con tan solo dos actos violentos, esta no se fundamenta en el número de actos, sino porque se trata de dos agresiones que se manifiestan como la exteriorización singularizada de un estado de violencia permanente.<sup>150</sup> En este caso, no se puede acreditar esta de los episodios descritos.

---

<sup>146</sup> STS núm. 232/2015 de 20 abril 2015, (F 2º).

<sup>147</sup> STS núm. 474/2010 de 17 de mayo 2010 y STS núm. 889/2010 de 19 de octubre 2010.

<sup>148</sup> STS núm. 765/2011 de 19 de julio, (RJ 2012/ 9030).

<sup>149</sup> Criterio doctrinal muy conservador que basas su razonamiento en el art. 94 CP.

<sup>150</sup> SAP Madrid núm. 263/2016 de 14 abril, (ARP 2016/646), (F 2º).

Por lo tanto, entiendo que a pesar de la actitud reprochable de Felipe y las discusiones y expresiones vejatorias que dice a su mujer, no se aprecian los requisitos necesarios para considerar que se produce este tipo penal. No se produce la habitualidad necesaria, encontramos actos violentos concretos. No podemos entender que estos originen un clima de terror, violencia y sometimiento permanente idóneo para afectar a la dignidad, integridad física y moral de Leticia y los hijos de esta. Al no cumplir esto entendemos que no se produce el delito de violencia habitual en el ámbito familiar.

#### **4.5.6.- IMPORTANCIA DE LA LEY GALLEGA PARA LA PREVENCIÓN Y EL TRATAMIENTO INTEGRAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO**

Ya que los hechos violentos se producen cuando la familia vive en Lugo, resulta de interés la consulta de la ley de Violencia de Género de Galicia, Ley 11/2007 de 27 de julio.<sup>151</sup> Las medidas de protección aquí recogidas son aplicables a todas las mujeres que se encuentren en una situación de violencia de género y son residentes en nuestra comunidad.<sup>152</sup> Se define esta como cualquier acto violento o de agresión, basados en una situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de dominación de los hombres sobre las mujeres que tenga o pueda tener como consecuencia un daño físico, sexual o psicológico. Esta ley establece una clasificación de dichas conductas en la que encontramos dos aspectos que resultan relevantes al caso; La violencia psicológica y la económica.

La primera contempla toda conducta verbal o no verbal, que produzca desvalorización o sufrimiento en la mujer. Podríamos encajar aquí la conducta de Felipe al humillar a su mujer en las cenas ofrecidas en su casa.

La segunda recoge toda privación intencionada, y no justificada legalmente, de recursos para el bienestar físico o psicológico de la mujer y de sus hijas e hijos o la discriminación en la disposición de los recursos compartidos en el ámbito de la convivencia de pareja. Felipe muestra gran interés en que su mujer no trabaje, pero no tenemos constancia de que le priva de recursos económicos, por lo que resulta más discutible apreciar este tipo de violencia.

La importancia de esta ley radica en que Leticia podrá solicitar determinadas ayudas económicas, asistencia jurídica y protección recogidas en ella.<sup>153</sup>

---

<sup>151</sup> DOG núm. 152 de 7 de Agosto de 2007.

<sup>152</sup> El art. 2 de la ley comprende su ámbito de aplicación a todas las mujeres que vivan, residan o trabajen en Galicia y que se encuentren en una situación de violencia de género, así como a sus hijas e hijos y a otras personas dependientes de ellas, víctimas directas e indirectas.

<sup>153</sup> En esta ley se crea un sistema de protección para aquellas mujeres que sufren violencia de género, en el título II se recogen una serie de medidas que abarcan desde el ámbito educativo, económico, formación de empleo prestando especial atención a la prevención de este tipo de conductas.

## 5.- CONCLUSIONES FINALES

Pareja de hecho no válida: De lo expresado en el supuesto entendemos que Leticia y Felipe han sido inscritos en el Registro de Parejas de hecho de Mallorca.<sup>154</sup> No podrán constituirse como pareja de hecho parientes por consanguineidad o adopción en línea colateral hasta tercer grado, siendo este el grado de parentesco existente entre ellos.<sup>155</sup> Existe un mecanismo de control para no incurrir en esta prohibición, ya que es obligado presentar en el registro declaración responsable de ambos miembros que acredite que no existe parentesco que impida la constitución.<sup>156</sup>

Para explicar la extraña situación acudo a la vía del silencio administrativo positivo. Se contempla que si en plazo de 3 meses desde la constitución de la pareja delante del encargado del registro, no se dicta resolución se entiende estimada. Debido a un exceso de solicitudes es posible que estos requisitos no fueron comprobados debidamente.<sup>157</sup>

Dentro de la pareja de hecho encontramos varios niveles, desde los que contemplan una simple convivencia emocional a los que forman una estructura similar a la familia nuclear, acordando determinados pactos e inscribiéndose en el registro. El objetivo de la inscripción no irá más allá de acreditar una mera convivencia, si Felipe y Leticia desean convivir esto no puede ser impedido, pero estos no reúnen los requisitos para inscribirse como pareja de hecho en el registro que les corresponde, no siendo esta válida.

Matrimonio válido: Leticia y Felipe desean contraer matrimonio pero incurren en el impedimento de parentesco recogido en el art. 47.2 CC. Para celebrar el matrimonio de forma válida es necesario que obtengan una dispensa matrimonial.<sup>158</sup> No conocemos si se ha obtenido, pero entiendo que es la única vía apropiada para defender su validez.

Fundamento esto en los numerosos requisitos exigidos en la tramitación del expediente matrimonial destinados a comprobar que no existe impedimento alguno. Sería necesaria una absoluta despreocupación en la comprobación de los mismos para poder celebrar el matrimonio sin mediar dispensa.<sup>159</sup>

Es necesario para obtener dispensa aportar el árbol genealógico de los contrayentes y que concurra justa casusa. La justa causa no tiene carácter universal, es valorable por el Juez que concede la dispensa y depende de los requisitos concretos. En la resolución de la DGRN analizada se manifiesta que puede ser originado por la relación existente entre tío y sobrina, que trascienda al mero parentesco alcanzando una unión más cercana a la originada por la *afectio maritalis*.<sup>160</sup> En el caso de Felipe y Leticia podemos atender a su voluntad inequívoca de vivir en pareja, formando un núcleo familiar que incluye al hijo de Leticia conviviendo en la misma vivienda. Considero por tanto que

---

<sup>154</sup> Las normas que regulan la pareja de hecho en Baleares son la Ley 18/2001 de parejas estables y el RD 112/2002 que regula la creación del Registro.

<sup>155</sup> Así aparece recogido en el art. 2.1 letra c de la ley 18/2001 y en el art. 7.b del decreto 111/2002.

<sup>156</sup> Este requisito figura como necesario en el art. 9 letra d del decreto 112/2002.

<sup>157</sup> Lo establecido por el art.10.6 del decreto 112/2002 se ve reforzada por el art. 51 de la ley 3/2003 de régimen jurídico de la CA Islas Baleares, que entiende estimadas solicitudes iniciadas por el interesado transcurridos 3 meses sin mediar resolución.

<sup>158</sup> El art. 73.2 CC considera nulo el matrimonio celebrado entre las personas que se refieren los arts. 46 y 47 CC sin obtener dispensa conforme al art. 48 del mismo código.

<sup>159</sup> Este proceso aparece regulado en los arts. 238 a 254 del Reglamento del Registro Civil.

<sup>160</sup> Resolución D.G.R.N. de 22 de diciembre de 2011, (F 4º)

la solución más apropiada al caso con la normativa y jurisprudencia analizada es entender que han obtenido dispensa previamente y el matrimonio es válido.

Adopción no válida: Al analizar el supuesto de adopción destaca por encima de los demás el requisito de edad del art. 175.1 CC. Se exigen 14 años de diferencia entre adoptando y adoptante, existiendo en este caso solamente 13 entre Antonio y Felipe. Por motivos temporales empleamos la redacción de los artículos del CC en materia de adopción correspondiente a la modificación de la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor. En esta redacción no se aprecia ninguna circunstancia que nos pueda hacer pensar que podemos prescindir del requisito de edad, como si ocurre en los artículos modificados por la ley 26/1015.

Como hemos comprobado en la jurisprudencia analizada, este requisito es necesario incluso en supuestos que el adoptante está casado con la madre del adoptando. Es un requisito de capacidad procesal que debe ser examinado de oficio por el Juez. No es posible prescindir del mismo independientemente de las circunstancias concretas. Por lo tanto, determinamos que la adopción no es válida al no cumplirse el requisito de edad.

Leticia puede divorciarse: Al considerar que el matrimonio celebrado entre Leticia y Felipe es válido, solo es necesario cumplir un requisito temporal para poder divorciarse. Como establece el art. 81 CC transcurridos 3 meses podrán solicitar el divorcio ambos cónyuges de común acuerdo, o a petición de uno solo. Leticia puede divorciarse.

Pensión de alimentos a favor de Lucia: Atendiendo a las circunstancias del caso concreto entendemos que lo más adecuado es que Leticia ejerza la guarda exclusiva de su hija. Lucia tendrá derecho a una pensión de alimentos, cuyo montante será abonado por el cónyuge no guardador. Leticia estará legitimada a reclamarla por el interés de su hija. Dicha pensión como indica el art. 142 CC abarca todo lo imprescindible para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Tiene su origen en la relación paterno filial y el deber de los padres de prestar alimentos a los hijos. Esta pensión será adecuada a las necesidades de quien lo recibe y quien las da, a la vez que durará el tiempo necesario mientras exista dicha situación de necesidad.

Lucia es titular del derecho al uso de la vivienda: Se establece siempre el uso de la vivienda familiar, no de segundas viviendas.<sup>161</sup> Como regla general se atribuye el uso a los hijos menores y al cónyuge en cuya compañía queden. De esta manera se protege el núcleo familiar en el que quedan integrados los hijos menores y no el derecho a la propiedad. No influye si la titularidad de la vivienda es privativa o ganancial. El uso tendrá carácter exclusivo y conforme a la doctrina del T.S no cabe imponer plazo alguno, a pesar de que la atribución no tiene carácter vitalicio.

Delito de Stalking: La conducta de Felipe puede encajar dentro del apartado 2 del art. 172 ter CP.<sup>162</sup> En concreto nos referimos a actos de vigilancia, persecución e intento de contacto por cualquier medio o mediante terceras personas.<sup>163</sup> Conforme al análisis jurisprudencial realizado entendemos que es necesario que estos actos provoquen una

---

<sup>161</sup> En todo caso a la definida en el art. 96 CC, esto se fundamenta en que el Tribunal Supremo la ha definido como un bien no patrimonial que está al servicio del grupo.

<sup>162</sup> Tipo agravado en el que el ofendido es entre otros el cónyuge o persona que está o ha estado unida al que realiza la conducta de acosar en una relación de afectividad análoga a la conyugal.

<sup>163</sup> Estas conductas establecidas por la Sentencia del Juzgado de instrucción nº3 Tudela aparecen recogidas en los apartados 1º y 2º del art. 172.1 ter CP.

sensación de intranquilidad, afectando al desarrollo de la vida cotidiana y formación de la libertad. Debe ser un acoso sistemático sin visos de cesar. Leticia no rechaza firmemente el contacto con su marido, y la conducta de Felipe al no afectar al desarrollo de la vida cotidiana de Leticia de una manera grave entendemos que no se produce este delito.

Violencia en el ámbito familiar: Se produce aquí la conducta típica recogida en el art. 153 CP. Además, apreciamos que dicha agresión es una manifestación de la situación de discriminación y desigualdad existente en las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Este requisito es requerido por la doctrina para entender que estamos ante este delito. Entendemos que se cumplen los requisitos necesarios para entender que existe un delito de Violencia en el ámbito familiar.

Coacciones en el ámbito familiar: Se requiere la existencia de una conducta violenta con el objetivo de limitar la libertad personal de la víctima. Felipe coacciona a su mujer con el objetivo de que le ayude a cuidar a su madre, ya que su mujer no quiere continuar haciéndolo. Esto provoca a Leticia una sensación de temor afectando a su libertad personal, por lo que entendemos que se produce dicho delito recogido en el art. 172.2 CP.

Delito de lesiones: Entendemos que se produce aquí el delito de lesiones recogido en el art. 147.1 CP. Conforme a la jurisprudencia analizada comprobamos que se cumplen los requisitos necesarios en cuanto; al daño producido, primera asistencia facultativa y necesidad de un tratamiento médico. Se aplica el tipo agravado recogido en el art. 148.4 CP debido a la relación de Felipe con Leticia.

Violencia en el ámbito familiar: Conforme a la jurisprudencia analizada, principalmente del TS, comprobamos que la doctrina exige un requisito de habitualidad que no se ve aquí cumplido. Es cierto que existen actos concretos de violencia y comentarios vejatorios de Felipe hacia su mujer. Sin embargo es necesario que estos creen un clima de violencia, humillación, vejación, sometimiento físico y emocional que sea idóneo para afectar a la integridad física y moral, dignidad y desarrollo de la personalidad de su mujer afectando a la tranquilidad del núcleo familiar. Entendemos que no se produce este delito.

## 6.-BIBLIOGRAFÍA

- BERCONVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de derecho civil. Derecho de familia*. 3º edición, Bercal S.A., Madrid, 2013.
- CANTERO NÚÑEZ, F.J y LEGERÉN MOLINA, A.: “Las uniones de hecho”, en AA.VV, *Instituciones de derecho privado. Tomo IV, vol.1*, (Garrido de Palma, V.M, Dir.) 2º edición, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015.
- CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de familia. Casos, reglas, argumentos*. 1ª edición, Dilex, Paracuellos del Jarama, S.A, 2006.
- CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Guardia y custodia de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de pareja de hecho*. 1ª edición, La Ley, Madrid, 2007.
- FERREIRO GALGUERA, J.: “Las uniones de hecho en el derecho autonómico.” *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2000.
- GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J.: *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*. 1ª edición, Areces S.A, Madrid, 2006.
- GARCIA PRESAS, I.: *La patria potestad*. 1º edición, Dykinson S.L, Madrid, 2013.
- GARCIA RUBIO, M.P.: “Las uniones de hecho en España, una visión jurídica.” *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. 2006.
- JORDÁN VILLACAMPA, M.L.: “El divorcio en España: la Ley 15/2005, de 8 de julio” en AA.VV, *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España* (SOUTO PAZ, J.A. Dir.), 1ª edición, Granada, Comares, 2008
- MARTÍNEZ VAZQUEZ DE CASTRO, L.: *El concepto de matrimonio en el código civil*. 1ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2008.
- MONTERO AROCA, J.: *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales*, 1ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- RODA Y RODA, D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*. 1º edición, Aranzadi, Pamplona 2014.
- RODRÍGUEZ CHACÓN, R.: “La reforma matrimonial de 2005 en materia de separación y divorcio.” en AA.VV, *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España* (SOUTO PAZ, J.A, Dir.) 1ª edición, Comares, Granada, 2008.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M. E.: *Obligaciones de los cónyuges tras el divorcio o la separación*. 1º edición, Tecnos, Madrid, 2012.
- SÁNCHEZ CALERO, F.J.: *Curso de derecho civil IV. Derechos de familia y sucesiones*. 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- SÁNCHEZ VALDIVIA, C. “La familia: concepto, cambios y nuevos modelos.” en *La revue de REDIF*, Vol. 1, Universidad de Deusto, 2008.
- ZBAIRI PARDILLO, N. E.: “El Stalking como nueva forma de acoso. Las limitaciones de la regulación y las intervenciones actuales.” *Universidad autónoma de Barcelona*. 2015.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B.: *Derecho penal parte especial. Un estudio a través del sistema de casos resueltos*. 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

## **7.-ÍNDICE JURISPRUDENCIAL**

### **Sentencias del Tribunal Supremo**

- STS núm. 469/1992 de 18 mayo.
- STS núm. 619/2014 de 30 octubre.
- STS núm. 1537/2014 de 25 septiembre.
- STS núm. 36/2016 de 4 febrero.
- STS de 12 febrero con ROJ 1047/1992.
- STS núm. 280/2017 de 9 mayo.
- STS núm. 564/2014 14 octubre.
- STS núm. 678/2012 de 8 noviembre.
- STS de 31 diciembre con ROJ 1994/10330.
- STS núm. 284/2012 de 9 junio.
- STS núm. 660/2014 de 28 noviembre.
- STS núm. 183/2017 de 14 marzo.
- STS núm. 282/2015 de 18 mayo.
- STS núm. 1647/2017 de 9 mayo.
- STS núm. 654/2009 de 8 junio.
- STS núm. 856/2014 de 26 diciembre.
- STS núm. 19/2016 de 26 enero.
- STS núm. 353/2014 de 8 mayo.
- STS núm. 232/2015 de 20 abril.
- STS núm. 474/2010 de 17 mayo.
- STS núm. 765/2011 a fecha 19 julio.

### **Sentencias del Tribunal Constitucional:**

- STC núm. 155/1998 de 13 julio.
- STC núm. 81/2008 de 17 julio.
- STC núm. 159/2008 de 14 mayo.

### **Sentencias de la Audiencia Provincial:**

- SAP Teruel núm.8/2015 de 24 marzo.
- SAP Valencia núm. 797/2015 de 3 diciembre.
- SAP Madrid núm.131/2006 de 12 mayo.
- SAP a Coruña núm. 291/2016 de 30 septiembre.
- SAP Murcia núm. 458/2001 de 15 octubre.
- SAP A Coruña de 29 marzo 2007.
- SAP Jaén núm. 256/2014 de 19 junio.
- SAP Salamanca de 18 febrero 1999.
- SAP Tenerife de 1 julio 1991.
- SAP Las Palmas de 27 julio 1998.
- SAP Ciudad Real de 3 marzo 1998.
- SAP Zamora de 29 enero 1999.



- SAP Barcelona de 14 febrero 1990.
- SAP Girona núm. 74/2011 de 22 febrero.
- SAP León núm. 165/2017 de 10 febrero.
- SAP Zaragoza núm. 43/2012 de 8 febrero.
- SAP León núm. 612/2013 de 17 septiembre.
- SAP Cáceres núm. 213/2016 de 16 junio.
- SAP Cádiz núm. 406/2013 de 10 diciembre.
- SAP Soria núm. 70/2014 de 4 septiembre.
- SAP Málaga de 2 febrero 2015.
- SAP Madrid núm. 263/2016 de 14 abril.

**Autos de la Audiencia Provincial:**

- AAP Cantabria 41/1995 de 29 julio.
- AAP Castellón 114/2007 de 18 julio.
- APP Guipúzcoa núm. 7967/1998 de 21 mayo.

**Resoluciones D.G.R.N.:**

- Resolución de 22 diciembre 2011.
- Resolución de 24 febrero 2001.
- Resolución de 18 octubre 1995.

**Sentencia Juzgado 1ª instancia e instrucción:**

- SJPI Tudela núm. 260/2016 de 23 marzo.

## 8.- NORMATIVA

- Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables.
- 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 gestión.
- Ley 3/2003 de 26 de marzo, de régimen jurídico de la administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil.
- Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil.
- 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.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género.