

**UNIVERSIDAD DE CORUÑA
FACULTAD DE DERECHO**



DIVORCIO CON HIJOS POR MOTIVO DE LESIONES

**TRABAJO FIN DE GRADO
GRADO EN DERECHO
CURSO 2016-2017**

Alumna: ALEJANDRA FRAGA FERNÁNDEZ

Tutora: M^a DEL CARMEN GARCIMARTÍN MONTERO

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	4
RESUMEN DEL SUPUESTO DE HECHO.....	6
CUESTIONES.....	7
I. ¿Cómo calificaría la situación legal de Leticia respecto de Felipe?	7
I. 1. Registro de Parejas Estables	7
I. 2. Matrimonio	8
I. 3. Convivencia <i>more uxorio</i>.....	10
II. La adopción de Antonio ¿fue valida?.....	12
II. 1. Regulación.....	12
II. 2. Concepto, requisitos y procedimiento.....	13
II. 2. Validez.....	14
III. ¿Puede Leticia solicitar el divorcio? Y en su caso: ¿Les corresponde a Antonio y a Lucía una pensión de alimentos?	16
III. 1. Divorcio.....	16
III. 2. Reconvención	17
III. 3. Alteración de la competencia.....	17
III. 4. Pensión de alimentos	18
IV. ¿A quién debe atribuírsele el uso de la vivienda?.....	21
IV. 1. Medidas relativas al uso de la vivienda.....	21
IV. 2. Artículo 96 CC	22
IV. 3. Donación por razón de matrimonio.....	22
V. ¿Las actuaciones de Felipe son constitutivas de delito?	24
V. 1. Competencia	24
V. 2. Delitos.....	24
V. 2. a) Delito del 153. 1 y 3 CP.....	25
V. 2. b) Delito del 147. 1 o 148. 4º CP	27
V. 2. c) Delito del 173. 2 CP.....	28
CONCLUSIONES FINALES	30

BIBLIOGRAFÍA..... 33

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL..... 35

ABREVIATURAS

AAP: Auto de la Audiencia Provincial.

AA VV: autores varios.

Art. o arts.: artículo o artículos.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

BOIB: Boletín Oficial de las Islas Baleares.

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española.

CP: Código Penal.

Coord.: coordinador o coordinadora.

Dir.: director o directora.

DPE: Decreto del Registro de Parejas Estables de las Islas Baleares.

Ed.: edición.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

LOMPIVG: Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

LPE: Ley de Parejas Estables de las Islas Baleares.

Núm.: número.

Op. cit.: *opere citato* (en la obra citada)

P. o pp.: página o páginas.

RDGRN: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

RRC: Reglamento del Registro Civil.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

RESUMEN DEL SUPUESTO DE HECHO

Leticia García Ayala, de 30 años, tiene un hijo, Antonio, de 13. El padre de Antonio falleció cuando este tenía escasa edad. Leticia tiene un blog de moda, aunque se encuentra en una inestable situación económica y laboral.

En enero de 2014 Felipe Domínguez García, de 26 años y con domicilio en Palma de Mallorca, se pone en contacto con Leticia. Ambos se conocen en febrero de ese mismo año, constatan que son tía y sobrino, pero aun así comienzan una relación sentimental.

El 15 de junio de 2014 Leticia y Antonio se mudan al domicilio de Felipe. La pareja se inscribe en el Registro de Parejas Estables el 2 de agosto. Posteriormente, Felipe convence a Leticia para que sea él el único que trabaje y aporte dinero -aproximadamente 5.000 euros netos mensuales-, de forma que la insta a dejar su blog de moda que había comenzado a sobresalir.

El 13 de octubre de 2014 comienzan los trámites para que Felipe adopte a Antonio.

El 25 de mayo de 2015 la pareja contrae matrimonio en forma civil en su última residencia habitual, Barcelona. Una semana antes, la madre de Felipe, María, le hace una donación por razón de matrimonio: un piso amueblado situado en Lugo que pasará a ser propiedad de Felipe. Ante esto, deciden mudarse a dicha vivienda.

En julio de 2015 Leticia se queda embarazada. Decide volver al blog de moda, sin contárselo a su marido, para ganar algún dinero.

Felipe se comporta de forma posesiva y controladora con su mujer. No le ayuda con las tareas domésticas aun cuando el médico le ha indicado reposo durante el embarazo. Menosprecia pública y habitualmente la labor de su esposa con comentarios machistas.

El matrimonio discute acaloradamente en múltiples ocasiones. El 13 de marzo de 2016 Felipe empuja a Leticia, que se encuentra en su último tramo de embarazo, y le dice que si se marcha no volverá a ver a sus hijos. Ella acude al médico, quien le receta analgésicos para el dolor. El 18 de abril de 2016 nace la hija de ambos, Lucía.

El 16 de junio de 2016 Felipe llega ebrio a casa y golpea reiteradamente a su esposa. Fruto de esos golpes, Leticia tiene un esguince en el pie derecho y fuertes dolores cervicales, de modo que el médico le venda el pie, le receta analgésicos y la compele a usar collarín.

CUESTIONES

I. ¿Cómo calificaría la situación legal de Leticia respecto de Felipe?

Para abordar esta primera cuestión se analizarán tres asuntos:

- En primer lugar, la inscripción efectuada el día 2 de agosto de 2014 en el Registro de Parejas Estables de Palma de Mallorca.
- En segundo lugar, la validez del matrimonio celebrado en Barcelona el 25 de mayo de 2015.
- Y, en tercer lugar, la situación de mera pareja de hecho en la que podrían encontrarse.

I. 1. Registro de Parejas Estables

Como bien dice MARÍN LÓPEZ¹, las parejas estables (también conocidas como uniones o parejas de hecho, parejas no casadas, unión libre o convivencia *more uxorio*) no tienen una regulación propia en el Derecho estatal, sino que existe diversa normativa autonómica que se ocupa de su definición, requisitos, publicidad a través de registros, efectos y extinción.

Por tanto, para conocer la normativa aplicable a la inscripción en el Registro de Parejas Estables de Palma de Mallorca se debe buscar en la regulación propia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Así, nos encontramos con la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, *de Parejas Estables*² y con el Decreto 112/2002, de 30 de agosto, *mediante el cual se crea un Registro de Parejas Estables de las Illes Balears y se regula su organización y gestión*³.

El artículo 2. 2 de la Ley de Parejas Estables indica que para acogerse a esta Ley al menos uno de los miembros de la pareja debe tener la vecindad civil en las Islas Baleares. En ese mismo sentido se pronuncia el precepto 4 del Decreto al hablar del acceso a la inscripción en el Registro: “Tienen acceso a la inscripción en este Registro las uniones de dos personas que convivan o quieran convivir de manera libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, siempre que declaren formalmente su voluntad de constituirse como pareja estable, con carácter permanente y sin estar sometidos a condición, 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”.

Se desconoce la vecindad civil de Leticia y Felipe, aunque podemos presumir que él ostenta la balear, ya que bastaría con que llevase dos años residiendo continuamente en Palma de Mallorca y manifestase su voluntad de adquirirla -al tenor del art. 14. 5. 1º del Real Decreto de 24 de julio de

¹ MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Las parejas de hecho”, en AA VV, *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia* –coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.-, 3ª ed., Bercal S.A., Madrid, 2013, pp. 45-47.

² BOIB núm. 156, de 19 de diciembre de 2001; en adelante LPE.

³ BOIB núm. 108, de 7 de septiembre de 2002; en adelante DPE.

1889, *por el que se publica el Código Civil*⁴-. De ser así, según el artículo 9 f) DPE debería aportar un certificado acreditativo y la pareja podría acogerse a dichas normas.

El artículo 2. 1 LPE y, en la misma dirección, el 7 a) DPE, establecen que para constituir la pareja estable los miembros deben ser mayores de edad, requisito que cumplen tanto Leticia como Felipe.

No obstante, a continuación, en el precepto 2. 1. c) de esta Ley, así como en el 7 b) del Decreto, se matiza que no podrán constituirse como pareja estable los parientes colaterales hasta el tercer grado. Leticia y Felipe han constatado ser tía y sobrino. Esta relación correspondería, según las reglas del artículo 915 y siguientes del Código Civil, a parientes colaterales de tercer grado.

En definitiva, atendiendo a lo anteriormente expuesto, la inscripción como pareja estable en dicho Registro no sería válida porque están impedidos al ser parientes colaterales de tercer grado. De esta forma, los efectos de la relación entre Leticia y Felipe no se regirán por esta normativa balear, pues el artículo 1. 2 de la mencionada Ley de Parejas Estables dispone lo siguiente: “Para que les sea de aplicación esta Ley, los miembros de la pareja tendrán que cumplir los requisitos y las formalidades que se prevén, no estar bajo ningún impedimento que afecte a algunos de ellos o a su relación, e inscribirse voluntariamente en el Registro de Parejas Estables de las Illes Balears. La inscripción en este registro tiene carácter constitutivo”.

I. 2. Matrimonio

Tal y como refleja BERCOVITZ⁵, el artículo 32 de la Constitución Española impone una regulación unitaria del matrimonio, aunque admite diversas formas de celebración. El 149. 1. 8º del texto constitucional, en consonancia, atribuye en todo caso al Estado la competencia exclusiva para legislar sobre las “relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio”.

De ese modo, hay que acudir a los artículos 44 y siguientes del Código Civil para conocer la regulación aplicable.

Señala SERRANO ALONSO⁶ que la tesis dominante configura el matrimonio como un negocio jurídico bilateral, pero no en el sentido que tiene en el derecho civil patrimonial, ya que la autonomía de la voluntad en el derecho de familia es muy limitada. Así las cosas, deben cumplirse una serie de elementos esenciales que son el consentimiento, la forma y, como requisito previo, la capacidad de los contrayentes.

En cuanto a la forma, la unión entre Leticia y Felipe se celebra en la civil prevista por el código, pues tiene lugar ante la alcaldesa del domicilio de ambos -arts. 49, 51 y 57 CC-.

Sobre la capacidad, debemos hacer referencia a las denominadas prohibiciones o impedimentos matrimoniales. El mismo autor dice que presuponen la abstracta capacidad para contraer matrimonio, es decir, que se tiene la edad necesaria para prestar el consentimiento y no hay vicios que lo invalidan, pero implican que el matrimonio resulta ineficaz por estar los contrayentes incurso en alguno de los supuestos en los que la ley les prohíbe contraerlo.

⁴ BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889; en adelante CC o Código Civil.

⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La competencia para legislar sobre parejas de hecho”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 17, 2003, pp. 61-88.

⁶ SERRANO ALONSO, E.: *El nuevo matrimonio civil*, Edisofer S.L., Madrid, 2005, pp. 41-62.

Al respecto, aquí resulta de interés el artículo 47. 2º del Código Civil que indica que no pueden contraer matrimonio entre sí los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado. Como se ha expuesto en el apartado anterior, Leticia y Felipe son colaterales de tercer grado según las reglas del mismo código, por lo que estarían impedidos para contraer matrimonio entre sí resultando este nulo por disposición del precepto 73. 2º CC: “Es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración: 2.º El matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48”.

El artículo 48 CC prevé que el Juez pueda dispensar a petición de parte ese impedimento si media justa causa. Además, el 260 del Decreto de 14 de noviembre de 1958 *por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil*⁷ indica que se podrá solicitar dicha dispensa cuando la justa causa esté suficientemente comprobada. Los solicitantes tendrían que acreditar los motivos que se invoquen y aportar un principio de prueba del impedimento y, en este caso, habría que expresar con claridad el árbol genealógico de los esposos -art. 261 RRC *in fine*-.

La “justa causa” se ha apreciado en situaciones como la contemplada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 18 de octubre de 1995⁸ en la que tío y sobrina habían convivido veintidós años por incapacidad física de él.

En palabras de Salvador CODERCH, tal y como señala LLAMAZARES⁹, “es función del juez integrar discrecionalmente el concepto de causa, más no lo hace de forma arbitraria: deberá tener en cuenta el fundamento o razón del impedimento y el contenido y efectos del negocio matrimonial (art. 66 y siguientes del Código Civil) en relación con las circunstancias singulares del caso concreto”.

Cabe destacar que el número 48 CC *in fine* matiza que “la dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes”.

En consecuencia, Leticia y Felipe podrían solicitar la dispensa y, si les fuese concedida, el matrimonio quedaría convalidado desde su celebración.

Si finalmente el matrimonio se declarase nulo, la sentencia tendría una serie de consecuencias que resume ILLÁN FERNÁNDEZ¹⁰:

- Declarará la inexistencia del vínculo matrimonial y los cónyuges recuperarán el estado civil de solteros.
- Los efectos serán *ex tunc*, es decir, retroactivos al momento de la celebración. La retroactividad no puede afectar al cónyuge que ha obrado de buena fe -matrimonio putativo-, pero en este caso ambos actuaron de mala fe, ya que sabían que eran tía y sobrino. Lo que en ningún caso se verán afectadas serán las relaciones paterno-filiales, ya que el artículo 79 del Código Civil excepciona que “la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos”.
- El resto de efectos específicos (sobre la vivienda familiar, el régimen de guarda de los hijos...) son comunes a la nulidad, la separación y el divorcio y están regulados en los preceptos 90 y siguientes del Código.

⁷ BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1958; en adelante RRC.

⁸ RDGRN de 18 de octubre de 1995. Disponible en la base de datos Westlaw de Aranzadi: [RJ 1995\9565].

⁹ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *El sistema matrimonial español. Matrimonio civil, matrimonio religioso y matrimonio de hecho*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995, p.74.

¹⁰ ILLÁN FERNÁNDEZ, J.M.: *Los Procedimientos de Separación, Divorcio y Nulidad Matrimonial en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 4ªed., Aranzadi S.A., Cizur Menor, 2006, pp. 396-398.

I. 3. Convivencia *more uxorio*

En el primer apartado se ha concluido que la inscripción en el Registro de Parejas Estables fue inválida y, como consecuencia, la pareja no se regulará por las mencionadas normas de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. En la siguiente sección se ha dicho que el matrimonio es nulo, salvo que consigan la dispensa, y que la declaración de nulidad tiene efectos retroactivos. Sin embargo, la situación de Leticia y Felipe no está carente de reconocimiento y protección legal.

El artículo 10 CE, proclama el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden público y de la paz social. El matrimonio es uno de los cauces legalmente posibles para ese libre desarrollo, pero la Constitución deja abierta la posibilidad de otros modos de convivencia *more uxorio* que también contribuyen a esa realización. No puede haber discriminación hacia la libre elección de un modelo u otro de convivencia, pues se atentaría contra la libertad ideológica y de conciencia, aunque se pueda dar un trato especial a determinados modelos, como el matrimonio legal, por entender que garantiza mejor determinados fines. No obstante, a las parejas de hecho les serán de aplicación todas las normas sobre la familia, ya que encajan en el concepto constitucional (art. 39 CE)¹¹. Tal y como señala PÉREZ VILLALOBOS, el nacimiento de la familia no necesita de un acto formal que la origine¹².

Las uniones de hecho son parejas no casadas que conviven de forma estable y duradera manteniendo una relación de afectividad y realizando una vida en común. Así se pronuncia la jurisprudencia, por ejemplo, el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de mayo de 1992¹³: “La convivencia «more uxorio», ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar”¹⁴. En esta descripción podría encajar la situación de Leticia y Felipe, pues conviven desde 2014, mantienen una relación afectiva y han realizado actos públicos conjuntos que acreditan la vida en común: inscripción en el Registro de Parejas Estables y celebración del matrimonio (aun no siendo válidos, son actos ilustrativos de la naturaleza de su relación afectiva), la adopción de Antonio por parte de Felipe, la hija biológica que han tenido en común...

Ya hemos dicho que no podemos aplicar la normativa de las Islas Baleares, por lo que hay que acudir a las normas estatales. No existe en el Derecho estatal una específica regulación orgánica de las parejas de hecho, pero no significa que carezcan de efectos, sino que, al contrario, el ordenamiento se ha ido refiriendo a las mismas al hilo de distintas normas de derecho público y privado. Lo que hace la normativa es extender determinados efectos atribuidos a los cónyuges a las personas que conviven con análoga relación de afectividad¹⁵. A título de ejemplo se expondrán algunos de esos reconocimientos que podrían resultar concernientes al caso que nos ocupa:

En el campo penal, nos encontramos con la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 de la

¹¹ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *El sistema matrimonial español. Matrimonio civil, matrimonio religioso y matrimonio de hecho*, op.cit., pp. 293-295.

¹² PEREZ VILLALOBOS, M.C.: *Las Leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho*, Aranzadi S.A., 2008, p. 101.

¹³ STS de 18 de mayo de 1992. Disponible en la base de datos Westlaw de Aranzadi: [RJ 1992\4907].

¹⁴ BIEDMA FERRER, J.M^a.: "Uniones de hecho y el principio de igualdad. Algunas cuestiones conflictivas", *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, núm. IV, 2011, p. 201.

¹⁵ MURILLO MUÑOZ, M.: *Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea*, Dykinson S.L., Madrid, 2006, p. 396-403.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del *Código Penal*¹⁶: “Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad (...)”.

Así mismo, cabe referirse a los preceptos 148. 4º, 153. 1 y 173. 2 de la misma norma, que se abordarán al hilo de la última cuestión.

En materia civil, podemos destacar el artículo 101 del Código Civil que, al tratar la extinción de la pensión compensatoria, establece como una de las causas que el acreedor conviva maritalmente con otra persona. Este motivo también lo podrá ser de la emancipación en los términos del artículo 320 CC¹⁷: “El Juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años si éstos la pidieren y previa audiencia de los padres:

1.º Cuando quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor”.

En el ámbito de la adopción, podemos señalar el actual artículo 175 (puntos 4 y 5): “4. Nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal(...).

5. En caso de que el adoptando se encontrara en acogimiento permanente o guarda con fines de adopción de dos cónyuges o de una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, la separación o divorcio legal o ruptura de la relación de los mismos que conste fehacientemente con anterioridad a la propuesta de adopción no impedirá que pueda promoverse la adopción conjunta siempre y cuando se acredite la convivencia efectiva del adoptando con ambos cónyuges o con la pareja unida por análoga relación de naturaleza análoga a la conyugal durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción”.

¹⁶ BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995; en adelante CP.

¹⁷ CAMARERO SUÁREZ, V.: *Las uniones no matrimoniales en el Derecho español y comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 91-97.

II. La adopción de Antonio ¿fue válida?

Antes de abordar lo estrictamente relativo a la validez de esta adopción, es conveniente acotar el terreno en discusión:

- En primer lugar, se enmarcará la regulación aplicable habida cuenta del momento en el que se constituye la adopción.
- En segundo lugar, se expondrán brevemente los requisitos y el procedimiento a seguir.
- Y, por último, se cerrará esta cuestión con un apartado centrado en la validez.

II. 1. Regulación¹⁸

La regulación de la adopción se sustenta en el modelo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, *por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción*¹⁹ que aborda esta figura bajo dos principios: su consideración de instituto de integración familiar y el beneficio del adoptado como interés prevalente. Es de destacar la supresión de la clasificación entre adopción plena y simple.

Además, esta reforma dividió el Capítulo V del Título VII -Libro I- del Código Civil en dos secciones; la primera destinada a la guarda y acogimiento de menores y, la segunda, a la adopción - arts. 175 a 180-. Esta Sección 2ª regula la denominada adopción nacional, es decir, los requisitos, presupuestos y efectos de las adopciones hechas en España y relativas a adoptandos españoles.

La Ley de 1987 aumentó la intervención administrativa y, en su Disposición Adicional 1ª, reconoció que las Comunidades Autónomas eran las entidades públicas competentes en materia de protección de menores. Esa competencia se basa en el artículo 148. 1. 20º CE -asistencia social- que todas las Comunidades Autónomas recogieron *ab initio* en sus Estatutos de Autonomía; y, algunas, como es el caso de las Islas Baleares, también incorporaron la competencia sobre protección y tutela de menores. Así las cosas, las Comunidades han aprobado numerosa normativa sobre los aspectos administrativos que el Código Civil atribuye a las entidades públicas.

La adopción de Antonio tiene lugar en las Islas Baleares. Sobre las entidades públicas de la Comunidad Balear se puede destacar la Ley 8/1997, de 18 de diciembre, *de atribución de competencias a los Consejos Insulares en materia de Tutela, Acogimiento y Adopción de Menores*²⁰, así como el Decreto 40/2006, de 21 de abril, *por el cual se regulan los procedimientos de acogimiento familiar, de adopción y de determinación de idoneidad*²¹. Aunque en este caso no será necesaria la declaración de idoneidad y la propuesta por parte de la entidad pública, como se verá en el apartado siguiente.

No olvidemos que, en cuanto a los aspectos sustantivos de la adopción, tiene competencia

¹⁸ Epígrafe elaborado a partir de BARBER CÁRCAMO, R.: “La filiación adoptiva”, en AA VV, *Tratado de Derecho de Familia*, Volumen V, 2ª ed., Aranzadi S.A.U, Cizur Menor, 2017, pp. 619- 635.

¹⁹ BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1987; en adelante Ley de 1987.

²⁰ BOIB núm. 157-extraordinario, de 20 de diciembre de 1997.

²¹ BOIB núm. 62, de 29 de abril de 2006.

exclusiva el Estado -art. 149. 1. 8º CE-, así que en este sentido habrá que atender a la ya mencionada sección del Código Civil -arts. 175 y siguientes-.

Volviendo a la reforma operada por la Ley de 1987, modificó los preceptos 1825 a 1832 del Real Decreto, de 3 de febrero de 1881, *por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento civil*²².

Posteriormente, 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*²³ introdujo modificaciones en determinados puntos de la adopción regulados en el Código Civil: exige el requisito de idoneidad de los adoptantes, bajo la responsabilidad de la entidad pública correspondiente, y hace alguna incidencia sobre la adopción internacional.

La Ley 13/2005, de 1 de julio, *por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*²⁴ modificó algunos aspectos para amparar la adopción conjunta por matrimonios homosexuales, lo que supuso una novedad en quiénes podían ser adoptantes.

La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de *Adopción internacional*²⁵ introduce un quinto párrafo al artículo 180 CC, aplicable tanto en la adopción nacional como en la internacional, que reconoce a las personas adoptadas el derecho a conocer su propio origen.

La última gran reforma en materia de adopción es operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*²⁶. Afecta a diferentes normas, entre ellas el Código Civil o la LOPJM. Sin embargo, la adopción de Antonio tiene lugar en 2014, por lo que las modificaciones operadas por esta Ley no regían en el momento de su constitución.

En resumen, a esta adopción de 2014 le serán aplicables los preceptos 175 y siguientes del Código Civil, con redacción anterior a la Ley 26/2015, y los artículos 1829 y siguientes de la LEC de 1881.

II. 2. Concepto, requisitos y procedimiento

La adopción es el acto de autoridad por el que se constituye la relación de filiación entre el adoptante y el adoptando. Correlativamente, produce la ruptura de los vínculos jurídicos que la persona adoptada tenía con la familia anterior, salvo las excepciones del artículo 178. 2 CC²⁷.

En cuanto a los requisitos, el texto del precepto 175 disponía, en la redacción vigente hasta el 17 de agosto de 2015, que, en todo caso, el adoptante (Felipe) debe tener al menos catorce años más que el adoptando (Antonio). Además, se exige que el que adopta sea mayor de veinticinco años. Felipe, de veintiséis años, tiene solamente trece más que Antonio, de modo que falta este requisito esencial.

El procedimiento de adopción consta de dos fases: una administrativa y otra judicial. Se

²² BOE núm. 36, de 5 de febrero de 1881; en adelante LEC de 1881. Esta Ley estuvo vigente hasta el 23 de julio de 2015.

²³ BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996; en adelante LOPJM.

²⁴ BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005.

²⁵ BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007.

²⁶ BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

²⁷ GONZÁLEZ PILLADO, E. y GRANDE SEARA, P.: *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 67-69.

requiere una declaración de idoneidad en la que se comprueba si el adoptante reúne todos los requisitos. Normalmente la entidad pública otorga la declaración de idoneidad y formula la propuesta, pero en este caso no es necesaria dicha propuesta y la declaración de idoneidad la otorgará el Juez, ya que la solicitud la debe hacer Felipe directamente al Juez por ser el adoptando (Antonio) hijo del consorte (Leticia) del adoptante -art. 176. 2. 2º CC-²⁸.

Al momento de llevarse a cabo la adopción, Leticia y Felipe eran pareja de hecho, pero el término “consorte” debe interpretarse en un sentido amplio que abarca también esta relación. La Disposición Adicional 3ª de la Ley de 1987 establece que “las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de efectividad análoga a la conyugal”. Y esta equiparación la ha hecho la jurisprudencia, así por ejemplo en el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 30 de junio de 1992²⁹ o en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de mayo de 2006³⁰.

La adopción se constituye por resolución judicial que valora el interés del menor y la idoneidad del adoptante para el ejercicio de la patria potestad -art. 176. 1 CC-. De este modo, será difícil burlar el control del Juez y que se constituya una adopción en la que falta un requisito legal como es la diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado. Si se diese la situación, como en el presente caso, hay que entrar a estimar si la falta de un requisito esencial puede afectar a la adopción *a posteriori* de su constitución, es decir, hay que examinar si cabe declarar la invalidez de la misma.

II. 3. Validez

El artículo 180. 1 del Código Civil proclama la irrevocabilidad de la adopción; pero luego, en el segundo apartado, indica que cabe su extinción a petición del padre que, sin culpa, no hubiese intervenido en el expediente en los términos del 177 CC. No es este el caso, pues el padre biológico de Antonio falleció cuando este era pequeño. No obstante, hay que analizar si se pueden aplicar otras causas de impugnación.

La doctrina es unánime en considerar que la infracción de normas imperativas en el procedimiento de adopción acarrea la nulidad de la misma, pero existe desacuerdo en el procedimiento para instarla y las causas en las que puede fundarse³¹.

Algunos autores, como ALBÁCAR LÓPEZ y MARTÍN GRANIZO³², consideran que la adopción es un negocio jurídico y, como tal, aunque sea especial por pertenecer al Derecho de familia, se ve sometido a las causas de ineficacia e invalidez que afectan a los negocios jurídicos. Cuando falta uno de los requisitos esenciales de un negocio, nos encontramos ante una forma de ineficacia que es la inexistencia. De este modo, esta adopción podría declararse “inexistente” por faltar un elemento subjetivo esencial, es decir, la diferencia de edad de catorce años.

Otro sector doctrinal opina que se trata de un negocio de naturaleza procesal y, por tanto, cree

²⁸ BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.: “La adopción”, en AA VV, *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, op. cit., pp. 277-281.

²⁹ AAP de Sevilla de 30 de junio de 1992. Disponible en la base de datos Westlaw de Aranzadi: [AC\1992\963].

³⁰ SAP de Madrid de 12 de mayo de 2006. Disponible en la base de datos Westlaw de Aranzadi: [JUR\2006\192527].

³¹ BARBER CÁRCAMO, R.: “La filiación adoptiva”, en AA VV, *Tratado de Derecho de Familia*, op. cit., p. 748.

³² ALBÁCAR LÓPEZ, J.L. y MARTÍN GRANIZO, M.: *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, Trivium S.A., Madrid, 1991, pp. 1112-1116.

inaplicables los motivos de ineficacia de los negocios jurídicos. De esta forma, una vez firme la resolución de constitución, solamente cabría la declaración de nulidad por las causas de nulidad de los actos judiciales y no se podría abrir *ex novo* el procedimiento de adopción³³. Serían las causas y el procedimiento que figuran en los artículos 238 a 243 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial*³⁴.

Unas y otras opiniones deben matizarse en atención a la jurisprudencia; esta defiende un régimen de impugnación flexible. Así, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1988³⁵, para “que prioritariamente prevalezcan los intereses y preferencias del menor... evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas puedan postergar, oscurecer o perjudicar las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno-filiales” En términos similares se pronuncian sentencias posteriores como la del Alto Tribunal de 18 de junio de 1998³⁶ que confirma la validez de la adopción en cuestión tras decir que “el instituto de la adopción se encuentra inspirado en el interés del menor, al ser el más digno de protección, y debe evitarse que puedan perjudicarse las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno-filiales, por lo que es preciso examinar las circunstancias específicas de cada caso concreto para poder llegar a una solución justa y estable, especialmente para el menor”³⁷.

Por lo expuesto, *a priori* se puede considerar que la adopción no fue válida por faltar el requisito de la diferencia de edad; pero atendiendo al criterio jurisprudencial, habría que escuchar las preferencias de Antonio y atender a su mejor interés, el cual resulta de examinar las concretas circunstancias de este caso. De esta forma, hay que tener en cuenta que adoptante y adoptando están conviviendo desde hace dos años, tiempo que coincide con una etapa importante del desarrollo del menor (de los 13 a los 15 años). Además, existe una hermana cuyo padre biológico es Felipe, por lo que parece conveniente que tanto Antonio como ella tengan los mismos apellidos. Por todo ello, opino que lo más adecuado en el presente caso es confirmar la validez de la adopción efectuada en 2014.

³³ SERRANO GARCÍA, I.: “Artículo 180”, en AA VV: *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 597-599.

³⁴ BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985; en adelante LOPJ.

³⁵ STS de 19 de febrero de 1988. Disponible en la base de datos Westlaw de Aranzadi: [RJ 1988\1117].

³⁶ STS de 18 de junio de 1998. Disponible en la base de datos Westlaw de Aranzadi: [RJ 1998\5063].

³⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 238-242.

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

Para resolver esta pregunta, se analizarán los asuntos en apartados diferenciados:

- En el primero, se va a abordar la cuestión relativa al divorcio.
- En el segundo, se tratará la posibilidad de reconvenir que tiene Felipe.
- En el tercero, se hablará de la probable intervención del Juzgado de Violencia sobre la Mujer.
- Y, en el último, se dispondrá sobre los alimentos de los hijos.

III. 1. Divorcio

La Ley 30/1981, de 7 de julio, *por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*³⁸ introduce el divorcio como causa de disolución del matrimonio, tal y como queda recogido en el artículo 85 CC: “El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio”.

Con anterioridad, la separación era paso previo al divorcio, pero desde la Ley 15/2005, de 8 de julio, *por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*³⁹ cualquiera de los cónyuges, uno con el consentimiento del otro o los dos conjuntamente, pueden instar directamente el divorcio sin tener que acudir previamente a la separación. Además, esta Ley elimina la necesidad de acreditar una causa. El artículo 86 CC dice que “se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81”. Esos requisitos, cuando la petición la presenta uno solo de los cónyuges, aquí Leticia, son dos: que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio -prescindible “cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio”- y que a la demanda se acompañe una propuesta fundada de las medidas que van a regular los efectos derivados del divorcio⁴⁰.

En el presente caso se cumple la circunstancia del transcurso de, al menos, tres meses, pues Leticia y Felipe han contraído matrimonio hace más de un año. Por tanto, para que Leticia pueda solicitar el divorcio basta con que acompañe la propuesta de las medidas junto con la demanda.

Este procedimiento se regula en la Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil*⁴¹ en su

³⁸ BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981.

³⁹ BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

⁴⁰ MONTERO AROCA, J.: “De la disolución del matrimonio”, en AA VV, *Separación y divorcio tras la Ley 15/2005*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 96-114.

⁴¹ BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000; en adelante LEC.

Libro IV -“De los procesos especiales”- y, en concreto, en el Capítulo IV -“De los procesos matrimoniales y de menores”-. El artículo 769.1 LEC indica que “será tribunal competente para conocer de los procedimientos a que se refiere este capítulo el Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal”. Por domicilio conyugal hay que entender aquel en el que conviven los cónyuges y les sirve de residencia habitual, tal y como establece el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 18 de octubre de 1990⁴². Así que Leticia debe interponer la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Lugo, ya que es ahí donde la pareja reside.

III. 2. Reconvencción

El siguiente precepto, el 770 LEC, dispone que las demandas de divorcio se sustanciarán por los trámites del juicio verbal conforme al Capítulo I del Título y, además, con sujeción a una serie de reglas que establece a continuación. La segunda de estas se refiere a la reconvencción que se podrá proponer con la contestación a la demanda en el plazo de 10 días. Esto es importante, ya que, si no hubiesen solicitado y obtenido la dispensa matrimonial, Felipe podrá reconvenir en virtud del apartado a) que establece que se admitirá la reconvencción “cuando se funde en alguna de las causas que puedan dar lugar a la nulidad del matrimonio”.

En conclusión, Leticia sí que puede solicitar el divorcio, pero Felipe podrá reconvenir instando la nulidad del matrimonio.

III. 3. Alteración de la competencia

Cabe hacer referencia a la alteración de la competencia por la intervención del Juzgado de Violencia sobre la Mujer. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*⁴³ incorpora, por lo que aquí resulta de interés, dos preceptos a la LOPJ -los arts. 87 bis y ter- y otro a la LEC -art.49 bis-⁴⁴.

El artículo 87 bis LOPJ -añadido por el 43 LOMPIVG- establece la existencia de uno o más Juzgados de Violencia sobre la Mujer en cada partido judicial con sede en su capital, aunque se “podrá establecer mediante real decreto que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer que se determinen extiendan su jurisdicción a dos o más partidos dentro de la misma provincia”.

El precepto 87 ter LOPJ -adicionado por el 44 LOMPIVG- atribuye a estos Juzgados especializados en violencia de género competencia en materia civil, de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la LEC, para asuntos de nulidad, divorcio, relaciones paternofiliales y medidas de trascendencia familiar. Según el punto tres, tendrán competencia exclusiva y excluyente para conocer de dichas materias civiles cuando una de las partes sea víctima de violencia de género -Leticia-, otra sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario de esos actos -Felipe- y se hayan iniciado actuaciones penales por delito o se haya adoptado una orden de protección

⁴² ILLÁN FERNÁNDEZ, J.M^a.: *Los Procedimientos de Separación, Divorcio y Nulidad Matrimonial en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op.cit., p. 101.

⁴³ BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004; en adelante LOMPIVG o Ley de Protección Integral.

⁴⁴ ILLÁN FERNÁNDEZ, J.M^a.: *Los Procedimientos de Separación, Divorcio y Nulidad Matrimonial en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op.cit., pp. 348-361.

a la víctima.

El artículo 49 bis LEC -introducido por el 57 LOMPIVG- indica en el punto dos que cuando un Juez que está conociendo de un procedimiento civil tenga noticia de la posible comisión de un acto de violencia de género que no haya dado lugar a iniciar un proceso penal ni a dictar una orden de protección, debe verificar que concurren los requisitos del 87 ter. 3 LOPJ y citar a las partes a una comparecencia con el Ministerio Fiscal en las 24 horas siguientes. El Fiscal decidirá, nuevamente en 24 horas, si denuncia los actos de violencia de género o solicita una orden de protección ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer y, si lo hace, entregará copia de la denuncia o solicitud en el Tribunal, que seguirá conociendo hasta que, en su caso, sea requerido de inhibición por el Juez especializado en violencia de género.

En este supuesto, estaría conociendo del procedimiento civil el Juez de Primera Instancia, como se ha dicho en el primer apartado. Este debería activar el mecanismo del 49 bis. 2 LEC detallado en el párrafo anterior.

Como consecuencia, considero que el Fiscal solicitaría una orden de protección conforme al artículo 544 ter del Real decreto de 14 de septiembre de 1882 *por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal*⁴⁵, pues se dan los requisitos necesarios para su adopción: hay indicios fundados de la comisión de delitos contra la integridad física y moral, el sujeto pasivo es una persona del 173. 2 CP y existe una situación objetiva de riesgo para la víctima. A través de esta orden se conceden acciones cautelares tanto de naturaleza penal como civil, de modo que se incorporan medidas destinadas a impedir la aproximación del presunto agresor con la víctima -las previstas de forma genérica en la LECrim, siempre que se den las condiciones requeridas-, así como medidas sobre el uso de la vivienda familiar, el régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos y el régimen de prestación de alimentos -siempre que no se hubieran acordado por el órgano civil y sin perjuicio de las contenidas en el 158 CC-. La orden se adoptará mediante Auto motivado⁴⁶.

Por lo expuesto, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer adoptará la orden de protección y deberá solicitar al Juzgado de Primera Instancia que se inhiba en su favor en virtud del artículo 49 bis. 3 LEC. Ese Juzgado civil deberá acordar de inmediato su inhibición y remitir los autos a aquel Juzgado especializado en violencia de género que pasará a tener la competencia civil en virtud del 87 ter LOPJ, así como la competencia penal para instruir la causa.

En cuanto a la competencia territorial de este Juzgado de Violencia sobre la Mujer, hay que acudir al precepto 15 bis LECrim que la atribuye al del domicilio de la víctima, es decir, el de Lugo.

III. 4. Pensión de alimentos

Como se ha adelantado, bien el Juzgado de Violencia sobre la Mujer o bien, previamente, el Juzgado de Primera Instancia, se pronunciarán sobre una serie de medidas cautelares civiles, entre las que se encuentran el régimen de guarda y custodia de los hijos y el régimen de prestación de alimentos. Esto será aplicable respecto de Lucía y también de Antonio si no se invalidase la adopción.

Conviene matizar que las medidas que se establecen en relación a los hijos sujetos a patria

⁴⁵ BOE núm. 260, de 17 de septiembre de 1882; en adelante LECrim.

⁴⁶ CABALLERO GEA, J.A.: *Violencia de género. Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Penal y Civil. Síntesis y ordenación de la doctrina de los Tribunales y Fiscalía General del Estado*, Dykinson S.L., Madrid, 2013, pp. 278-287.

potestad, los alimentos y el uso de la vivienda son aplicables no solamente si se concede el divorcio, sino que también en el caso de que se declare la nulidad del matrimonio. En este sentido, el artículo 79 CC señala que “la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos” y los preceptos 90 y siguientes del mismo código regulan los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio.

Es aconsejable hacer referencia al artículo 65 de la ya conocida Ley de Protección Integral que contempla la posibilidad de suspender la patria potestad, guarda y custodia que ostenta el agresor sobre los hijos menores que dependan de él. El Juez deberá pronunciarse obligatoriamente sobre estas cuestiones. El interés superior de los menores debe ser el fundamento y garante para la adopción de dichas medidas⁴⁷. Esto ha de considerarse junto con el precepto 92. 7 CC que indica que no procede la guarda conjunta cuando uno de los padres esté incurso en un procedimiento penal iniciado por atentar contra la integridad física o moral del otro cónyuge, ni tampoco “cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”. Esta mención a la guarda compartida debe entenderse referida también a la prohibición de atribuir la misma solamente al progenitor presunto agresor, tal y como aclara la Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2011, de 2 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer*⁴⁸. Por tanto, la guarda de los dos hijos la ostentará Leticia de forma cautelar hasta que haya sentencia y, en mi opinión, también tras esta de forma definitiva, pues se condenará a Felipe.

Sin perjuicio de la atribución de la guarda y custodia, ni la nulidad ni el divorcio eximen a los padres de sus obligaciones para con sus hijos -art. 92. 1 CC-.

A falta de acuerdo entre los progenitores, el Juez tiene la obligación de determinar la contribución de cada uno para satisfacer los alimentos y, según el artículo 93 del Código, “adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”.

La pensión de alimentos puede consistir en dinero o en especie; deberá tenerse en cuenta el trabajo personal y la dedicación al cuidado de los hijos -art. 103. 3º CC *in fine*-. Normalmente los tribunales españoles aplican las normas sobre alimentos del 142 y siguientes del Código Civil para determinar el *quantum*⁴⁹, pero los alimentos a los que se refiere el artículo 93 respecto de los hijos menores, no son los regulados en el 142 y siguientes, sino los propios derivados de la relación paterno-filial -154. 1º CC-⁵⁰.

Leticia será la guardadora, por lo que cumplirá la obligación alimenticia en especie, es decir, teniendo en su compañía y en el propio domicilio a los hijos.

Será Felipe el que tenga que aportar una “pensión de alimentos”. La determinación de la cuantía corresponde al prudente arbitrio del Juez con arreglo a los elementos de prueba que se aporten sobre la capacidad económica de Felipe y las necesidades de los menores. SÁNCHEZ PEDRERO⁵¹

⁴⁷ CORTADA CORTIJO, N.: “Especial referencia a la medida de suspensión o privación de patria potestad y de la custodia cuando el agresor, en supuestos de violencia de género, es el padre del menor expuesto” en AA VV, *La protección de la víctima de violencia de género* -dir. y coord. ROMERO BURILLO, A.Mª.-, Aranzadi S.A., Cizur Menor, 2016, pp. 371-377.

⁴⁸ CABALLERO GEA, J.A.: *Violencia de género. Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Penal y Civil. Síntesis y ordenación de la doctrina de los Tribunales y Fiscalía General del Estado*, op.cit., pp. 309-314.

⁴⁹ MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Efectos comunes a la nulidad, a la separación y al divorcio”, en AA VV, *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, op. cit., pp. 110-112.

⁵⁰ MONTERO AROCA, J.: “El mantenimiento de los hijos menores” en AA VV, *Separación y divorcio tras la Ley 15/2005*, op.cit., p. 149.

⁵¹ SÁNCHEZ PEDRERO, A.: *La obligación alimenticia en los pleitos matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003,

propone unas tablas orientativas para fijar la cantidad. Establece que, para el caso de que solamente el padre que no es el custodio (Felipe) trabaje habitualmente, con un sueldo de 2.500 euros mensuales y dos hijos, deberá aportar 731 euros. Felipe ingresa unos 5.000 euros netos mensuales, por lo que la cuantía debería ser el doble, es decir, 1.462 euros.

Además, este autor contempla la posibilidad de aplicar unos parámetros correctores, como por ejemplo la edad de los hijos, ya que puede implicar un aumento de los gastos; Lucía tiene apenas unos meses y, por tanto, requiere mayores atenciones -pañales, carrito...-. De este modo, atendiendo a la capacidad económica de Felipe, a las necesidades de los menores y a la conveniencia de que estos mantengan su nivel de vida, creo que la cuantía de 2.000 euros sería una pensión acertada.

Esa cantidad se corresponderá con los gastos ordinarios que, como señala SÁNCHEZ PEDRERO⁵², son aquellos indispensables para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación, es decir, los gastos incluidos dentro del concepto de alimentos del artículo 142 CC: “Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo”.

Pero, además, puede existir una serie de gastos extraordinarios que, por no estar sometidos a una periodicidad, no están contemplados en la pensión mensual de alimentos y, a falta de acuerdo, deberán ser abonados al 50% por cada progenitor. La jurisprudencia ha considerado como gastos extraordinarios, por ejemplo, la ortodoncia o la asistencia psicológica al menor.

En suma, sí que procede pensión de alimentos. En todo caso para Lucía y, si no se invalida la adopción, también para Antonio. La pensión mensual cubrirá los gastos ordinarios, debiéndose pronunciar el Juez sobre su cuantía, así como sobre la forma de contribuir a los gastos extraordinarios.

pp. 26-36.

⁵² SÁNCHEZ PEDRERO, A.: *La obligación alimenticia en los pleitos matrimoniales*, op.cit., pp. 86-97.

IV. ¿A quién debe atribuírsele el uso de la vivienda?

Esta pregunta, sobre el uso del piso de Lugo, se va a explicar en tres apartados:

- Un primero sobre una serie de medidas que el Juez puede adoptar.
- Un segundo relativo a la aplicación del artículo 96 del Código Civil.
- Y un tercero donde se reflejará la posibilidad de que María revoque la donación del inmueble.

IV. 1. Medidas relativas al uso de la vivienda

El piso es propiedad de Felipe, pero ya se ha dicho que el Juzgado de Primera Instancia o, si no, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer se pronunciarán sobre una serie de medidas cautelares civiles entre las que se encuentra el uso de la vivienda.

Hay que tener en cuenta el artículo 64 de la Ley de Protección Integral. Su primer apartado dice que “el Juez podrá ordenar la salida obligatoria del inculpado por violencia de género del domicilio en el que hubiera estado conviviendo o tenga su residencia la unidad familiar, así como la prohibición de volver al mismo”.

El punto segundo de la misma norma dispone que “el Juez podrá prohibir al inculpado que se aproxime a la persona protegida, lo que le impide acercarse a la misma en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella.

Podrá acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento.

El Juez fijará una distancia mínima entre el inculpado y la persona protegida que no se podrá rebasar, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal”.

Estas dos medidas, según el punto sexto del mismo precepto, pueden acordarse acumulada o separadamente.

Si se ordenase la primera, como implica la salida obligatoria del domicilio, Felipe no tendría el uso del mismo mientras siguiese vigente la cautela. Si se acordase la segunda, Felipe perdería el uso de la vivienda durante su vigencia de forma indirecta, pues no podría aproximarse a Leticia ni a su domicilio que es sobre el que se debate en esta cuestión, el piso de Lugo.

Se trata de penas privativas de derechos que contempla el artículo 39 f) y g) del Código Penal y establecidas como penas accesorias en el precepto 57 CP en relación con el 48 del mismo cuerpo legal, con la finalidad de proteger a la víctima y familia de nuevas agresiones⁵³.

⁵³ ILLÁN FERNÁNDEZ, J.M.: *Los Procedimientos de Separación, Divorcio y Nulidad Matrimonial en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 654.

IV. 2. Artículo 96 CC

La atribución del uso de la vivienda es uno de los efectos comunes a la nulidad, la separación y el divorcio. Se contempla en el artículo 96 CC, el cual señala que “en defecto de acuerdo con los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”.

Si hubiese acuerdo sobre el uso de la vivienda entre Leticia y Felipe, lo tendría que aprobar el Juez atendiendo a si es dañoso para los hijos; es decir, la voluntad de los cónyuges se ve limitada por este control del Juez que debe velar por el mejor interés de los menores.

No habiendo acuerdo o no siendo aprobado, el Juez debe decidir y debe hacerlo conforme a la norma anteriormente transcrita, ya que tiene carácter automático e imperativo. Y esto en el sentido de que la medida sobre la guarda de los hijos menores determina automáticamente la del uso de la vivienda⁵⁴.

A su vez, lo decidido sobre la vivienda familiar determina automáticamente el uso del ajuar familiar u objetos de uso ordinario. En este ajuar quedan incluidos los objetos, cosas, enseres y muebles de uso normal; y se excluyen las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor. Es decir, incluirá todo aquello que se destina a la vida corriente de los habitantes de la vivienda⁵⁵.

Por tanto, aunque sea Felipe el propietario del piso, el uso se otorgaría a los hijos y a aquel en cuya compañía queden. Como se ha dicho al hilo de la cuestión sobre alimentos, la guarda y custodia de Lucía y Antonio se le atribuirá a Leticia, así que el uso de la vivienda y del ajuar familiar les correspondería a ellos tres, no afectando esto a la titularidad de la propiedad.

IV. 3. Donación por razón de matrimonio

Hay que matizar que el piso que ahora es propiedad de Felipe, era anteriormente de María, su madre. Esta se lo transmitió como regalo de bodas una semana antes de la celebración de la misma. Se trata de una donación por razón de matrimonio que el precepto 1336 CC define como “las que cualquier persona hace, antes de celebrarse, en consideración al mismo y en favor de uno o de los dos esposos”.

El artículo 1343 del Código Civil establece que “estas donaciones serán revocables por las causas comunes, excepto la supervivencia o superveniencia de hijos” y añade que “en las otorgadas por terceros, se reputará incumplimiento de cargas, además de cualesquiera otras específicas a que pudiera haberse subordinado la donación, la anulación del matrimonio por cualquier causa”.

Así que, si Leticia y Felipe no hubiesen obtenido la dispensa matrimonial y, por tanto, el matrimonio fuese declarado nulo como consecuencia del proceso comentado en la cuestión anterior, María podría instar la revocación de la donación.

Si María instase la revocación y esta, efectivamente, se declarase, también podría pretender el

⁵⁴ MONTERO AROCA, J.: *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 51-62.

⁵⁵ MONTERO AROCA, J.: *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales*, op.cit., pp. 47-50.

desahucio del artículo 250. 1. 2º LEC en base a la doctrina del Tribunal Supremo asentada en Sentencia de 30 de octubre de 2008⁵⁶ que indica que “la atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda no sirve para hacer desaparecer la situación de precario, ni para enervar la acción de desahucio, en la medida en que no constituye un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial”.

En atención a esta doctrina, si María solicita la revocación de la donación y, posteriormente, el desahucio, al no tener Leticia y sus hijos más título que la resolución judicial del proceso matrimonial que les atribuye el uso, deberían desalojar la vivienda.

En resumen, la sentencia sobre el proceso matrimonial atribuirá el uso de la vivienda a los hijos y a Leticia por ser la guardadora. Pero si posteriormente María revoca la donación del inmueble, podría instar el desalojo de los mismos.

⁵⁶ STS de 30 de octubre de 2008. Disponible en la base de datos de Westlaw Aranzadi: [RJ\2008\6924].

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

La respuesta a esta pregunta ha de ser afirmativa, pues ya se ha señalado, al hilo de la cuestión sobre el divorcio, que en este caso ha habido actos de violencia de género.

- En un primer apartado, comenzaré haciendo referencia a la competencia para la instrucción, conocimiento y fallo de los delitos.
- Después, el siguiente apartado se centrará en los delitos. Tendrá subapartados donde se detallarán de forma separada cada uno de los actos constitutivos de delito, los tipos penales que se aplican y las consecuencias jurídicas de los mismos.

V. 1. Competencia

Hay que recordar que el artículo 43 de la ya mencionada Ley de Protección Integral introduce el 87 bis LOPJ por el que se establecen los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Y el precepto 87 ter. 1 a) LOPJ -adicionado por el 44 LOMPIVG- atribuye competencia a esos Juzgados, de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la LECrim, en la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos relativos a lesiones y contra la integridad moral, entre otros, “siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad”. En el mismo sentido se pronuncia el 14. 5. a) LECrim.

El artículo 15 bis LECrim alude a la competencia territorial, que corresponderá al Juzgado de Violencia sobre la Mujer del domicilio de la víctima. De modo que la instrucción la llevará a cabo el de Lugo, ya que es ahí donde reside Leticia.

Una vez terminada la instrucción, el conocimiento y fallo corresponde al “Juez de lo Penal correspondiente a la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer” tal y como indica el precepto 14. 3 LECrim, al tratarse de delitos que, como se verá más adelante, acarream una pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años. Así, conocerá y fallará el Juez de lo Penal de Lugo.

V. 2. Delitos

La Ley de Protección Integral ha introducido una serie de modificaciones en la parte especial del Código Penal. Así, por la pertinencia en este caso, el artículo 36 LOMPIVG dio nueva redacción al 148 CP y el 37 LOMPIVG reformó el 153 CP. También se modificaron aspectos en cuanto a las amenazas y las coacciones. Para la aplicación de los delitos contenidos en los preceptos 148. 4º, 153. 1, 171. 4 y 172. 2 CP, la víctima ha de ser mujer, es decir, pertenecer al sexo (o género) femenino; pero eso no basta, se exige también que la mujer esté o haya estado en una relación afectivo-sexual

con el sujeto activo⁵⁷.

Además, hay que tomar en consideración la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*⁵⁸, pues la comisión de los actos delictivos tiene lugar con posterioridad a la entrada en vigor de dicha norma. Si bien esta reforma no está orientada a abordar el problema de la violencia de género, “algunas de las modificaciones que introduce inciden de forma directa en el tratamiento penal de este fenómeno”⁵⁹.

A continuación, se abordarán los delitos cometidos por Felipe, así como las consecuencias que el ordenamiento les atribuye.

V. 2. a) Delito del 153. 1 y 3 CP

El 13 de marzo de 2016 Leticia y Felipe discuten hasta el punto de que este la empuja y le dice que puede marcharse, pero que entonces no volverá a ver a sus hijos. Leticia acude al médico, ya que está preocupada por su embarazo, el doctor le dice que no hay ninguna lesión ni para ella ni para el feto y solamente le receta analgésicos para el dolor.

Esta secuencia, en mi opinión, constituye la realización del tipo contenido en el artículo 153. 1 CP: “El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia (...) será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.” El punto tres añade que estas penas se impondrán en la mitad superior cuando, entre otras circunstancias, el delito tenga lugar en el domicilio común.

En este suceso se produce un maltrato de obra que, tal y como lo define la Audiencia Provincial de Albacete en Sentencia de 31 de enero de 2011⁶⁰, consiste en “todo acto violento contra la integridad física o incluso psíquica de otra persona, que en el caso además ha de tratarse del pariente o parientes del entorno familiar y doméstico que expresa la norma – el art. 153 CP-, tendente a dicha finalidad de afección en la salud o integridad corporal más bien y a convertir el ámbito familiar en un microcosmos regido por la dominación del hombre sobre la mujer”. Y esta misma sentencia añade que “dar un empujón es un acto violento”.

Por tanto, el empujón que Felipe da a Leticia consiste en un maltrato de obra castigado por el precepto 153. 1 CP.

A la vez que la empuja, Felipe amenaza de forma leve – art. 171. 4 CP- a Leticia al decirle que

⁵⁷ GUINARTE CABADA, G.: “Algunas cuestiones polémicas en la interpretación de los delitos de violencia de género”, en AA VV, *La violencia de género. Aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 215-218.

⁵⁸ BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

⁵⁹ TORRES ROSELL, N.: “Incidencia de la LO 1/2015, de 30 de marzo, en la violencia de género”, en AA VV, *La protección de la víctima de violencia de género*, op. cit., p. 320.

⁶⁰ SAP de Albacete de 31 de enero de 2011. Disponible en la base de datos Westlaw de Aranzadi: [JUR 2011\128119].

si se va no volverá a ver a sus hijos. No debe considerarse este delito aparte, sino que la amenaza queda absorbida por el 153.1 en virtud del artículo 8 CP, ya que concurre la teoría de la unidad natural de acción que supone que varias acciones con estrecha conexión espacial y temporal y que permitan una unidad de valoración jurídica se puedan juzgar como una sola acción⁶¹, o mejor, se cubre su total significación antijurídica mediante la aplicación de una sola norma penal⁶².

Además, para la perpetración del delito del 153. 1 CP, el Tribunal Supremo ha venido exigiendo que se dé una posición de dominio del hombre frente a la mujer, así por ejemplo en Sentencia de 25 de enero de 2008⁶³ o de 24 de noviembre de 2009⁶⁴. En esta relación existe esa situación, pues se han dado varios episodios de violencia, Felipe menosprecia continuamente las labores de Leticia, controla dónde y con quién está...

El Juez deberá elegir entre pena de prisión de seis meses a un año o la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, teniendo en cuenta que el penado debe consentir dichos trabajos. Además, en todo caso, habrá pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. También podrá el Juez, si lo estima adecuado, acordar la inhabilitación de la patria potestad de los hijos. Todas estas penas deben imponerse en la mitad superior, tal y como indica el artículo 153. 3 CP, pues los hechos tienen lugar en el domicilio común.

Además, por orden del precepto 57. 2 CP, deberá acordarse la pena accesoria del artículo 48. 2 CP por un tiempo máximo de 5 años al tratarse de un delito menos grave. Esta pena consiste en“ La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal”, lo que “impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena”.

También procederá la aplicación del segundo párrafo del artículo 57. 1 CP si el Juez hubiese elegido la pena de prisión, por lo que la prohibición de aproximación debería ser entre uno y cinco años superior a la pena de prisión.

Si se optase por la pena de prisión, también se le impondrá a Felipe, como mínimo, una de las penas accesorias del artículo 56. 1 CP: “1.º Suspensión de empleo o cargo público.

2.º Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

3.º Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código”.

Para concluir, cabe decir que Felipe no será solamente criminalmente responsable, sino que también lo será civilmente, conforme al artículo 109 y siguientes CP. El *quantum* de la indemnización se suele calcular basándose en el baremo que existe para accidentes automovilísticos incrementando la cantidad que resulte entre un 10 y un 30%. Así lo ha confirmado el Tribunal Supremo en sentencias

⁶¹ CABALLERO GEA, J.A.: *Violencia de género. Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Penal y Civil. Síntesis y ordenación de la doctrina de los Tribunales y Fiscalía General del Estado*, op.cit., pp. 46-47.

⁶² Criterio seguido en la STS de 3 de julio de 2006. Disponible en la base de datos Westlaw de Aranzadi: [RJ 2006\4485].

⁶³ STS de 25 de enero de 2008. Disponible en la base de datos Westlaw de Aranzadi: [RJ 2008\1563].

⁶⁴ STS de 24 de noviembre de 2009. Disponible en la base de datos Westlaw de Aranzadi: [RJ 2010\124].

como la de 19 de julio de 2011⁶⁵.

V. 2. b) Delito del 147. 1 o 148. 4º CP

El 16 de junio de 2016, Felipe, que había consumido alcohol, llega a casa tarde, discute con Leticia y le acaba dando varios golpes. Como consecuencia, Leticia tiene un esguince y fuertes dolores cervicales; acude al médico, el cual le venda el pie, la obliga a usar collarín y le receta analgésicos.

En este caso, se realiza una lesión de las tipificadas en el artículo 147. 1 CP: “El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico”. No obstante, también se podría aplicar el delito del 148. 4º, ya que prevé la posibilidad de que las lesiones del 147. 1 se castiguen con una pena de dos a cinco años, en atención al resultado y riesgo producidos, cuando “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”.

CABALLERO GEA⁶⁶ nos habla de los requisitos que tipifican el delito de lesiones del artículo 147. 1 CP y que constatamos en los hechos que aquí nos ocupan:

- Causar a otra persona, por cualquier medio o procedimiento, una lesión.
- Ese resultado lesivo debe suponer “un menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental” que, además de una primera asistencia facultativa, precise de tratamiento médico o quirúrgico.
- Un nexo de causalidad entre el comportamiento y el resultado producido.
- El dolo genérico de lesionar o *animus laedendi* que tiene lugar cuando la lesión ha sido directamente querida o cuando el autor simplemente se presentó la posibilidad del resultado y la aceptó.

Está claro que las acciones de Felipe son las que provocan las lesiones de Leticia y tampoco cabe duda de que, aun si no estuviese buscando el resultado, pudo prever que podría tener lugar.

No obstante, cabe explicar el segundo requisito, es decir, por qué se trata de lesiones que requieren tratamiento médico. Tal y como se indica en el 147. 1 CP, el tratamiento debe ser objetivamente necesario para la sanidad. La Sentencia de 15 de junio de 2016⁶⁷ lo define como “toda actividad posterior a la primera asistencia... tendente a la sanidad de las lesiones y prescrita por un médico. Y, de forma más descriptiva, como el procedimiento que se utiliza para curar una enfermedad o para reducir sus efectos tanto si se realiza por el médico que presta la asistencia inicial como si se encomienda a auxiliares sanitarios, quedando al margen el simple diagnóstico y la pura vigilancia o prevención médica”.

⁶⁵ STS de 19 de julio de 2011. Disponible en la base de datos Westlaw de Aranzadi: [2012\9030].

⁶⁶ CABALLERO GEA, J.A.: *Violencia de género. Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Penal y Civil. Síntesis y ordenación de la doctrina de los Tribunales y Fiscalía General del Estado*, op.cit., pp. 35-37.

⁶⁷ STS de 15 de junio de 2016. Disponible en la base de datos Westlaw de Aranzadi: [RJ 2016\2812].

Además, la doctrina del Tribunal Supremo, reflejada por ejemplo en Sentencia de 17 de octubre de 2012⁶⁸, enmarca la colocación de collarín cervical como tratamiento médico, ya que consiste en una inmovilización necesaria para la sanidad.

De todo lo anterior resultan dos opciones:

La primera implica aplicar el artículo 147. 1 CP junto con la agravante mixta de parentesco del artículo 23 CP.

La segunda, aplicar el 148. 4º CP, en cuyo caso no se tendría en cuenta la circunstancia mixta de parentesco, al prohibirlo el 67 CP al decir que “Las reglas del artículo anterior -es decir, el 66 CP que indica cómo aplicar las agravantes y atenuantes- no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse”.

En mi opinión, habría que decantarse por el precepto 147. 1 con la agravante del 23 CP. Y esto porque el 148. 4º es un precepto de aplicación discrecional, pues el legislador emplea el término “podrán”; aunque no se deja al completo arbitrio del Juez, sino que se debe atender al resultado y al riesgo. Al respecto, dice el pleno del Tribunal Constitucional en Sentencia de 22 de julio de 2010⁶⁹ que “para la aplicación del art. 148. 4º CP no sólo habrían de concurrir las circunstancias específicas descritas –que la víctima sea mujer que sea o haya sido pareja del autor–, sino que, junto a ello, sería preciso que los hechos expresaran un injusto cualificado, un mayor desvalor derivado ya de la intensidad del riesgo generado por la acción del autor, ya de la gravedad del resultado causado”. Por tanto, no considero que aquí se hayan generado ni un riesgo ni un resultado especialmente graves que deban apreciarse más allá de lo que ya contempla el 147. 1 CP, pues se trata de lesiones de rápida curación que, en principio, no dejarán secuelas.

La pena prevista en abstracto es prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, por lo que habrá que optar entre una de ellas. Se aplicará, como ya se ha dicho, la agravante del artículo 23 y podrá contemplarse la atenuante del 21. 1º respecto del 20. 2º CP por encontrarse Felipe bajo los efectos del alcohol.

Además, corresponderán las penas accesorias y la responsabilidad civil del mismo modo que se ha comentado en el apartado anterior para el delito del artículo 153 CP.

Por último, hay que mencionar qué si el Juez elige la pena de multa, la cuantía la establecerá según las reglas contenidas en el precepto 50 y siguientes CP. Cabe destacar la previsión que hace el 53. 1 CP sobre la responsabilidad personal subsidiaria, y es que, si el condenado no satisface la multa que se le impone, cumplirá un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas. También puede el Juez, si el penado está conforme, acordar que la responsabilidad personal subsidiaria se cumpla mediante una jornada de trabajos en beneficio de la comunidad por cada día de privación de libertad.

V. 2. c) Delito del 173. 2 CP

Además de los hechos que han constituido la perpetración de los delitos comentados en los dos apartados anteriores, es factible aplicar el artículo 173. 2 CP: “El que habitualmente ejerza violencia

⁶⁸ STS de 17 de octubre de 2012. Disponible en la base de datos Westlaw de Aranzadi: [RJ 2012\10552].

⁶⁹ STC de 22 de julio de 2010. Disponible en la base de datos Westlaw de Aranzadi: [RTC 2010\41].

física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia (...), será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”. A continuación, se añade que las penas se impondrán en la mitad superior cuando, entre otros supuestos, algún hecho se lleve a cabo delante de menores o en el domicilio común. Por último, se dice que “podrá además imponerse una medida de libertad vigilada”.

Tal y como señala la norma, este tipo es de aplicación sin perjuicio de que los concretos actos de violencia constituyan otros delitos; por tanto, no se produce un *bis in idem* al condenar, además de por las conductas concretas, por esta violencia habitual que protege un bien jurídico distinto, la integridad moral.

La violencia a la que se refiere este artículo no requiere la producción de un resultado material, sino un peligro abstracto para la seguridad y salud personal de la víctima. A estos efectos, será violencia toda acción que dé lugar a tensiones, vejaciones u otras situaciones similares⁷⁰.

Por lo que respecta a la habitualidad, la jurisprudencia se ha apartado de la interpretación conforme al artículo 94 CP que exige tres o más actos. Considera que lo relevante no es el número de actos violentos o que excedan de un mínimo, sino la relación entre autor y víctima junto con la frecuencia con la que ocurre, lo que determina la permanencia del trato violento. Esa permanencia determina un clima de dominación o intimidación y de desprecio sistemático. De esta forma se ha manifestado el Alto Tribunal en múltiples sentencias como la de 28 de octubre de 2015⁷¹, la de 20 de abril de 2015⁷² o la de 19 de julio de 2011⁷³.

Los hechos que tienen lugar en este caso en particular y que fundamentan la calificación de violencia habitual, son: Felipe insiste para que Leticia deje el blog de moda que era su pasión, controla continuamente dónde y con quién está, menosprecia asiduamente las labores domésticas que ella lleva a cabo y, como colofón, los dos episodios de violencia física que han dado lugar a los dos delitos comentados en los apartados anteriores.

Las penas asignadas en abstracto a este delito son prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, si el Juez lo estima adecuado, la privación de la patria potestad de uno a cinco años.

También corresponderán las penas accesorias y la responsabilidad civil en los términos señalados para los delitos del artículo 153 y 147 en los dos apartados anteriores.

⁷⁰ CABALLERO GEA, J.A.: *Violencia de género. Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Penal y Civil. Síntesis y ordenación de la doctrina de los Tribunales y Fiscalía General del Estado*, op.cit., p. 146.

⁷¹ STS de 28 de octubre de 2015. Disponible en la base de datos Westlaw de Aranzadi: [RJ 2015\5182].

⁷² STS de 20 de abril de 2015. Disponible en la base de datos Westlaw de Aranzadi: [RJ 2015\1541].

⁷³ STS de 19 de julio de 2011. Disponible en la base de datos Westlaw de Aranzadi: [RJ 2012\9030].

CONCLUSIONES FINALES

Este epígrafe se dedicará a realizar un breve resumen sobre las cinco cuestiones planteadas.

I

Según la normativa propia de las Islas Baleares -Ley 18/2001 de Parejas Estables y Decreto 112/2002 por el que se crea su Registro-, la inscripción efectuada el 2 de agosto de 2014 en el Registro de Parejas Estables no es válida, ya que Leticia y Felipe son parientes colaterales de tercer grado. Así que los efectos de su relación no se registrarán por dicha normativa balear -art. 1. 2 LPE-.

En cuanto al matrimonio celebrado el 25 de mayo de 2015 en forma civil, es nulo por disposición del precepto 73. 2º CC en relación con el 47. 2º del mismo código, pues son parientes colaterales de tercer grado -tía y sobrino-. La declaración de nulidad tiene efectos retroactivos al momento de celebración. Aunque, en virtud del artículo 48 CC, antes de que alguna de las partes inste judicialmente la nulidad, podrían solicitar la dispensa del impedimento y, de obtenerla, el matrimonio quedaría convalidado desde su celebración.

Aun no siendo válida la inscripción en el Registro y declarándose nulo el matrimonio -recuperarán de forma retroactiva el estado civil de solteros-, la situación de Leticia y Felipe no estaría carente de reconocimiento y protección legal. Su relación de pareja encajaría en la situación de unión de hecho o convivencia *more uxorio* que ha definido la jurisprudencia. Esta situación no está regulada de forma orgánica en el Derecho estatal, pero el ordenamiento ha extendido determinados efectos propios de los cónyuges a estas personas que conviven con análoga relación de afectividad. Así, por ejemplo, el artículo 23 del Código Penal o el 101 del Código Civil.

II

La adopción de Antonio por parte de Felipe tiene lugar en 2014, por lo que los requisitos y el procedimiento a tener en cuenta serán los contenidos en el Código Civil, con redacción vigente antes de la Ley 26/2015, y los artículos 1829 y siguientes de la LEC de 1881.

El 175 CC imponía una diferencia de edad de catorce años entre adoptante y adoptando. Felipe y Antonio solamente se llevan trece, de modo que faltaría este requisito esencial.

La adopción se constituye por resolución judicial. El artículo 180 CC proclama la irrevocabilidad de la misma, aunque la doctrina considera que la infracción de normas imperativas acarrea la nulidad. No obstante, no hay acuerdo doctrinal sobre el procedimiento para instar la nulidad y las causas posibles.

La jurisprudencia ha defendido un régimen flexible de impugnación para que prevalezca siempre el interés del menor, habida cuenta de las circunstancias concretas de cada caso.

Por lo expuesto, podría instarse la nulidad de la adopción. Pero atendiendo al criterio jurisprudencial, habría que escuchar las preferencias de Antonio y velar por su mejor interés, así que sería factible confirmar la validez de la misma.

III

Leticia sí que puede solicitar el divorcio. Desde la Ley 15/2005 cualquiera de los cónyuges puede instar directamente el divorcio sin tener que acudir previamente a la separación y sin necesidad de alegar causa alguna. El artículo 86 CC solamente exige que se den los requisitos del 81 del mismo código, es decir, el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio y que junto a la demanda se acompañe una propuesta fundada de las medidas que van a regular los efectos del divorcio. La primera condición se cumple, así que basta con que Leticia presente la propuesta de medidas con la demanda; deberá hacerlo ante el Juzgado de Primera Instancia de Lugo.

Felipe podrá reconvenir instando la nulidad en virtud de la regla segunda, apartado a), del artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La competencia del Juzgado de Primera Instancia se vería afectada en favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer según el precepto 49 bis. 2 LEC. El Juez, al advertir la posible comisión de actos de violencia de género, deberá verificar la concurrencia de los requisitos del 87 ter. 3 LOPJ e inhibirse y remitir los autos al Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Lugo.

El Fiscal podría solicitar una orden de protección para Leticia conforme al artículo 544 ter LECrim. En esta, se regularían una serie de medidas penales y civiles, entre las que se encuentran el régimen de guarda y custodia de los hijos, el régimen de prestación de alimentos o el uso de la vivienda familiar. La guarda y custodia de los hijos corresponderá a Leticia por disposición de los artículos 65 LOMPIVG y 92. 7 del Código Civil.

A falta de acuerdo, el Juez debe determinar la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos -art. 93 CC-. Leticia cumplirá la obligación alimenticia en especie, pues tendrá en su compañía a los menores. Felipe deberá abonar una pensión de alimentos que cubrirá los gastos ordinarios y el Juez deberá pronunciarse sobre su cuantía, así como sobre la forma de hacer frente a los gastos extraordinarios. Esta pensión le corresponderá, en todo caso, a Lucía y, si no se invalida la adopción, también a Antonio.

IV

Como medida cautelar, según el precepto 64 de la Ley de Protección Integral, se podrá ordenar a Felipe la salida obligatoria de la vivienda familiar y la prohibición de volver a la misma. También, de forma separada o cumulativamente, la prohibición de aproximarse a Leticia y, por tanto, al domicilio. Con esto, Felipe perdería el uso del piso situado en Lugo.

Además, el artículo 96 CC impone, en defecto de acuerdo aprobado por el Juez, que el uso de la vivienda y ajuar familiares corresponderá a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Así que el uso se atribuiría a Lucía, Antonio y Leticia, sin perjuicio de que Felipe seguiría siendo propietario del piso.

No obstante, la anterior titular del inmueble era María que se lo donó a su hijo por razón de su matrimonio con Leticia. Si se declarase la nulidad del matrimonio, María podría instar la revocación de la donación en base al precepto 1343 CC. Una vez revocada, podría solicitar también el desahucio de Leticia y sus hijos en atención a la doctrina del Tribunal Supremo que indica que la atribución del derecho de uso por resolución judicial en virtud de un proceso matrimonial no es título hábil para justificar la posesión frente a terceros.

V

La competencia para instruir causas por delitos de lesiones y contra la integridad moral cometidos contra quien es o ha sido la esposa o mujer que esté o ha estado ligada por análoga relación de afectividad, le corresponde al Juzgado de Violencia sobre la Mujer del domicilio de la víctima, es decir, al de Lugo.

La competencia para el conocimiento y fallo la tendrá al Juez de lo Penal correspondiente a la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, es decir, el Juez de lo Penal de Lugo.

El empujón que Felipe da a Leticia constituye la realización del tipo contenido en el artículo 153. 1 CP, pues es un maltrato de obra. Además de empujarla, también la amenaza de forma leve, pero esto no debe considerarse un delito aparte, sino que queda absorbido por el artículo 153 en virtud del 8, ambos del Código Penal. El Juez deberá elegir entre pena de prisión o de trabajos en beneficio de la comunidad y, en todo caso, habrá pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. También podrá acordar la inhabilitación de la patria potestad. Todas las penas se impondrán en la mitad superior porque los hechos tienen lugar en el domicilio común.

Además, corresponderá la pena accesoria del precepto 57. 2 en relación con el 48. 2 CP por un tiempo máximo de 5 años y, si se optase por la pena de prisión, también se le impondrán las penas accesorias del segundo párrafo del artículo 57. 1 y alguna o algunas del 56. 1 del mismo código.

Felipe también será civilmente responsable y deberá abonar una indemnización a Leticia conforme a los artículos 109 y siguientes del Código Penal.

Los sucesos del 16 de junio de 2016 implican unas lesiones constitutivas de delito tipificado en el precepto 147. 1 CP. Son lesiones de este apartado porque requieren tratamiento médico, ya que exigen la utilización de collarín y la jurisprudencia lo ha entendido como tratamiento médico. Habría que aplicar la agravante de parentesco del artículo 23 CP y podría contemplarse la atenuante del 21. 1º respecto del 20. 2º de la misma norma por estar Felipe bajo los efectos del alcohol. Se podría aplicar el artículo 148. 4º en lugar del 147. 1 CP con la gravante, pero en atención al riesgo y resultado producidos, creo que no procede. El Juez deberá elegir entre pena de prisión o multa. Corresponderán las penas accesorias y la responsabilidad civil en los mismos términos que para el delito del 153 CP.

Por último, es factible considerar el artículo 173. 2 CP, ya que se da una situación de violencia habitual y el tipo es de aplicación sin perjuicio de que los concretos actos de violencia constituyan otros delitos. Se impondrán las penas de prisión, privación del derecho a tenencia y porte de armas y, si el Juez lo estima adecuado, la privación de la patria potestad; todas ellas en su mitad superior porque los hechos tienen lugar en el domicilio común. También corresponderán las penas accesorias y la responsabilidad civil establecidas para los otros dos delitos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBÁCAR LÓPEZ, J.L. y MARTÍN GRANIZO, M.: *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, Trivium S.A., Madrid, 1991.
- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.: “La adopción”, en AA VV, *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia* -coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.-, 3ª ed., Bercal S.A., Madrid, 2013, pp. 277-281.
- BARBER CÁRCAMO, R.: “La filiación adoptiva”, en AA VV, *Tratado de Derecho de Familia*, Volumen V, 2ª ed., Aranzadi S.A.U, Cizur Menor, 2017, pp. 619-752.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La competencia para legislar sobre parejas de hecho”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 17, 2003, pp. 61-88.
- BIEDMA FERRER, J.Mª.: "Uniones de hecho y el principio de igualdad. Algunas cuestiones conflictivas", *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, núm. IV, 2011, pp. 199-222.
- CABALLERO GEA, J.A.: *Violencia de género. Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Penal y Civil. Síntesis y ordenación de la doctrina de los Tribunales y Fiscalía General del Estado*, Dykinson S.L., Madrid, 2013.
- CAMARERO SUÁREZ, V.: *Las uniones no matrimoniales en el Derecho español y comprado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- CORTADA CORTIJO, N.: “Especial referencia a la medida de suspensión o privación de patria potestad y de la custodia cuando el agresor, en supuestos de violencia de género, es el padre del menor expuesto” en AA VV, *La protección de la víctima de violencia de género* -dir. y coord. ROMERO BURILLO, A.Mª.-, Aranzadi S.A., Cizur Menor, 2016, pp. 371-377.
- GUINARTE CABADA, G.: “Algunas cuestiones polémicas en la interpretación de los delitos de violencia de género”, en AA VV, *La violencia de género. Aspectos médico-legales y jurídico-penales* -dir. RODRÍGUEZ CALVO, M.S. y VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.-, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GONZÁLEZ PILLADO, E. y GRANDE SEARA, P.: *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- ILLÁN FERNÁNDEZ, J.Mª.: *Los Procedimientos de Separación, Divorcio y Nulidad Matrimonial en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 4ªed., Aranzadi S.A., Cizur Menor, 2006.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *El sistema matrimonial español. Matrimonio civil, matrimonio religioso y matrimonio de hecho*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995.
- MARÍN LÓPEZ, M.J.:
 - “Efectos comunes a la nulidad, a la separación y al divorcio”, en AA VV, *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia* –coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.-, 3ª

ed., Bercal S.A., Madrid, 2013, pp. 99-122.

- “Las parejas de hecho”, en AA VV, *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia* – coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.-, 3ª ed., Bercal S.A., Madrid, 2013, pp. 45-47.
- MONTERO AROCA, J.: *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- MONTERO AROCA, J., ARENAS GARCÍA, R. y FLORS MATÍES, J.: *Separación y divorcio tras la Ley 15/2005*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- MURILLO MUÑOZ, M.: *Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea*, Dykinson S.L., Madrid, 2006.
- PEREZ VILLALOBOS, M.C.: *Las Leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho*, Civitas S.A., Madrid, 2008.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007.
- SÁNCHEZ PEDRERO, A.: *La obligación alimenticia en los pleitos matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- SERRANO ALONSO, E.: *El nuevo matrimonio civil*, Edisofer S.L., Madrid, 2005.
- SERRANO GARCÍA, I.: “Artículo 180”, en AA VV: *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 597-599.
- TORRES ROSELL, N.: “Incidencia de la LO 1/2015, de 30 de marzo, en la violencia de género”, en AA VV, *La protección de la víctima de violencia de género* -dir. y coord. ROMERO BURILLO, A.Mª.-, Aranzadi S.A., Cizur Menor, 2016, p. 320-328.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

A continuación, se exponen las sentencias, autos y resoluciones consultadas. Aparecen en orden de fecha ascendente y, entre corchetes, las referencias correspondientes a la base de datos Westlaw de Aranzadi.

- **STS** de 19 de febrero de 1988 [RJ 1988\1117].
- **STS** de 18 de mayo de 1992 [RJ 1992\4907].
- **AAP** de Sevilla de 30 de junio de 1992 [AC\1992\963].
- **RDGRN** de 18 de octubre de 1995 [RJ 1995\9565].
- **STS** de 18 de junio de 1998 [RJ 1998\5063].
- **SAP** de Madrid de 12 de mayo de 2006 [JUR\2006\192527].
- **STS** de 3 de julio de 2006 [RJ 2006\4485].
- **STS** de 25 de enero de 2008 [RJ 2008\1563].
- **STS** de 30 de octubre de 2008 [RJ\2008\6924].
- **STS** de 24 de noviembre de 2009 [RJ 2010\124].
- **STC** de 22 de julio de 2010 [RTC 2010\41].
- **SAP** de Albacete de 31 de enero de 2011 [JUR 2011\128119].
- **STS** de 19 de julio de 2011 [2012\9030].
- **STS** de 17 de octubre de 2012 [RJ 2012\10552].
- **STS** de 20 de abril de 2015 [RJ 2015\1541].
- **STS** de 28 de octubre de 2015 [RJ 2015\5182].
- **STS** de 15 de junio de 2016 [RJ 2016\2812].