



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

CURSO 2016/2017

DIVORCIO CON
HIJOS POR
MOTIVO DE
LESIONES

TRABAJO DE FIN DE GRADO DE: ANA FREIJE
FERNÁNDEZ

GRADO EN DERECHO 4º CURSO

TUTORA: M^a DEL CARMEN GARCIMARTÍN
MONTERO

ÍNDICE

SUPUESTO: DIVORCIO POR LESIONES

<u>I. ABREVIATURAS</u>	p. 4
<u>II. ANTECEDENTES DE HECHO</u>	p. 5
<u>III. CUESTIONES: DERECHO CIVIL Y FAMILIA</u>	
III.1. SITUACIÓN LEGAL DE LETICIA RESPECTO DE FELIPE	
III.1.a) PAREJA DE HECHO	p. 6
III.1.b) MATRIMONIO	p. 10
III.1.c) CONCLUSIONES	p. 14
III.2. ADOPCIÓN DE ANTONIO	
III.2.a) DEFINICIÓN Y CARACTERES DE LA ADOPCIÓN	p. 16
III.2.b) CARACTERÍSTICAS DEL ADOPTANTE Y ADOPTADO	p. 18
III.2.c) PROCEDIMIENTO DE LA ADOPCIÓN	p. 20
III.2.d) EFECTOS DE LA ADOPCIÓN	p. 21
III.2.e) CONCLUSIONES	p. 22
III.3. SOLICITUD DE DIVORCIO Y PENSIÓN DE ALIMENTOS	
III.3.a) DEFINICIÓN Y LEGITIMACIÓN EN EL DIVORCIO	p. 23
III.3.b) LOS PRESUPUESTOS Y EFECTOS DEL DIVORCIO	p. 23
III.3.c) EVOLUCIÓN Y CLASES DE DIVORCIO	p. 24
III.3.d) LA PENSIÓN DE ALIMENTOS	p. 25
III.3.f) CONCLUSIONES	p. 27
III.4. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA	
III.4.a) DEFINICIÓN Y ORIGEN DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR	p. 29
III.4.b) BREVE REFERENCIA EN EL CASO DE LAS PAREJAS DE HECHO	p. 30
III.4.c) HIJOS MENORES Y MAYORES DE EDAD	p. 31
III.4.d) EL INTERÉS SUPERIOR DE LOS HIJOS MENORES	p. 32
III.4.e) ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CASO DE VIOLENCIA DE GÉNERO	p. 33
III.4.e) CONCLUSIONES	p. 34

IV. CUESTIONES DE DERECHO PENAL

IV.1. DEFINICIÓN DE VIOLENCIA DE GÉNERO	p. 36
IV.2. FASES DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO	p. 37
IV.3. CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL EMPUJÓN	p. 38
IV.4. CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL ESGUINCE Y COLLARÍN	p. 40
IV.5. DELITO DE STALKING	p. 42
IV.6. CONCLUSIONES	p. 43

V. CONCLUSIONES FINALES

p. 44

VI. BIBLIOGRAFÍA

VI.1. DOCTRINA	p. 47
VI.2. NORMATIVA	p. 48
VI.3. JURISPRUDENCIA	p. 49
VI.4. PÁGINAS WEB	p. 50

VII. ANEXOS

VII.1. SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE PAREJAS DE HECHO	p. 51
VII.2. ESTADÍSTICAS DE EVOLUCIÓN DEL MATRIMONIO CANÓNICO	p. 53
VII.3. ESTADÍSTICAS DE EVOLUCIÓN DEL MATRIMONIO CIVIL	p. 54
VII.3. ESTADÍSTICAS DE EVOLUCIÓN DEL DIVORCIO	p. 55
VII.4. ESTADÍSTICA VIOLENCIA DE GÉNERO EN CORUÑA	p. 56
VII.5. ESTADÍSTICA VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA	p. 61

I. ABREVIATURAS

art.: Artículo

ATC: Auto Tribunal Constitucional

BOE: Boletín Oficial del Estado

CCAA: Comunidades Autónomas

CE: Constitución Española

CC: Código Civil

CP: Código Penal

DGRN: Dirección General de los Registros y Notariado

MF: Ministerio Fiscal

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LJV: Ley de Jurisdicción Voluntaria

LO: Ley Orgánica

LOTC: Ley Orgánica Tribunal Constitucional

p.: Página

párr.: Párrafo

pp.: Páginas

RRC: Reglamento Registro Civil

SAP: Sentencia Audiencia Provincial

ss.: Siguietes

STC: Sentencia Tribunal Constitucional

STS: Sentencia Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

II. ANTECEDENTES DE HECHO

Leticia García Ayala es una joven de 30 años empadronada en Madrid. Tiene un hijo de 13 años que se llama Antonio, cuyo padre murió. Por ello, ha sido Leticia quién se ha encargado de cuidarlo y criarlo sola. Los hechos más relevantes que ocurren en el caso son los siguientes:

1. En enero de 2014, Felipe Domínguez García, contacta con Leticia por la red social Facebook, asegurándole ser su sobrino y que le gustaría poder quedar para conocerse.
2. En febrero de 2014, ambos quedan en Madrid. La ilusión crece entre ellos y deciden formar una pareja, a pesar de haber ya constatado que son parientes.
3. En junio de 2014, Leticia se traslada a vivir con su hijo y Felipe a Palma de Mallorca, en donde este último está empadronado y tiene en propiedad una lujosa casa.
4. El 2 de agosto de ese mismo año deciden inscribirse como pareja de hecho en el Registro de Parejas de Hecho de Palma de Mallorca.
5. El 13 de octubre de 2014 comienzan los trámites para que Felipe pueda adoptar a Antonio.
6. En los últimos tiempos, la familia había tenido diferentes residencias, todas ellas dentro de territorio español, como consecuencia del trabajo de Felipe. Todo ello provocó que Leticia tuviese que abandonar su trabajo y depender de la posición económica de Felipe, el cual cobra actualmente un sueldo aproximado de 5.000€ netos mensuales.
7. Leticia amenaza a Felipe y le dice que: o se casan o ella se llevaría a Antonio. Como consecuencia de lo anterior, el 25 de mayo de 2015, Felipe y ella contraen matrimonio en Barcelona, su última residencia habitual, en el ayuntamiento y ante la alcaldesa.
8. La madre de Felipe, María, se reúne con ellos para hablar sobre el regalo de bodas: una casa en Lugo. Felipe será el propietario de la vivienda.
9. En su nueva residencia, Leticia se dedica a las tareas del hogar. En ocasiones habla con las vecinas, y les cuenta lo protector que es su marido, que siempre le está preguntando en dónde está, con quién etc... Las vecinas sorprendidas le advierten que ese comportamiento es de una persona muy posesiva.
10. En julio de 2015 Leticia se queda embarazada.
11. En las navidades de 2015, varios familiares acuden a casa de Leticia y Felipe para pasar la cena de Nochevieja. La cuñada de Leticia, Eva, alaba lo rica que estaba la cena preparada por esta. Ante los halagos de Eva hacia su esposa, Felipe contesta: “es lo menos que tiene que hacer si yo soy el que trabajo”.
12. El 13 de marzo de 2016, la madre de Felipe se cae por las escaleras y rompe la cadera. Por ello, Felipe le ayuda con la rehabilitación lo que provoca frecuentes discusiones entre la pareja. Una vez que estaban discutiendo, Felipe empuja a su mujer diciéndole que es libre de irse, pero que si lo hace no va volver a ver a sus hijos. El médico le receta calmantes para el dolor.
13. El 18 de abril de 2016 nace la hija de ambos, Lucía.
14. El 16 de junio de 2016, tras una discusión, Felipe le propina varios golpes a Leticia 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.

III. CUESTIONES DERECHO CIVIL :

III.1. Situación legal de Leticia respecto de Felipe

III.1.a) Pareja de hecho

Las parejas de hecho son actualmente una realidad creciente y en pleno auge en nuestros días y, por tanto, necesitadas de una regulación jurídica. En España, no tenemos una regulación unitaria de las parejas de hecho, sino que las distintas CCAA en función de sus competencias civiles, han sido quienes han dictado su propia normativa, creando una fuerte inseguridad jurídica y diferencias dependiendo de la Comunidad Autónoma en la que las parejas se inscriban como uniones de hecho. Cabe destacar, que las Cortes Generales han conocido de diversas proposiciones de ley y proyectos, sin que ningún de ellos haya llegado a nada, siendo las CCAA quienes se han ocupado de la definición, requisitos, efectos, de la publicidad a través de registros especiales y de los efectos personales y económicos de la unión, así como de la extinción de las parejas de hecho.¹

Ya en el año 1992, el Tribunal Supremo se pronunciaba sobre las parejas de hecho en la sentencia de 18 de mayo de 1992 expresando que *“las uniones libres aunque están carentes de precisa normativa, no por eso son totalmente desconocidas por nuestro ordenamiento jurídico. La Constitución no las prevé, pero tampoco expresamente las interdicta o rechaza y así se desprende de la lectura de su art. 32 CE en relación al 39 CE, que se proyecta a la protección de la familia en forma genérica, es decir como núcleo creado tanto por el matrimonio como por la pareja de hecho [...]”*.²

En 1994, aparecen en España los primeros registros de parejas de hechos y en 1997, se aprueban las primeras leyes autonómicas sobre las uniones de hecho, concretamente las leyes de Cataluña, Aragón y Navarra, que surgían con el intento de responder a las demandas de los ciudadanos.³

Hay que advertir que puede haber tres niveles de parejas de hecho, es decir, existen como tres grados en los que se pueden dividir las parejas de hecho. Por un lado, están aquellas parejas de hecho que conviven de forma conjunta y llevando una relación de afectividad, pero sin que exista un inscripción de estas como tal, es decir, son parejas que voluntariamente optaron por una convivencia libre de ataduras jurídicas⁴. Por otro lado, están aquellas parejas de hecho que han optado por inscribirse en los registros municipales, es decir, que están empadronadas en un determinado ayuntamiento y deciden, para obtener ciertos beneficios, inscribirse allí. Y por último, están aquellas propias parejas de hecho que están inscritas en los registros de cada Comunidad Autónoma, y que pueden equipararse a todos los efectos al matrimonio.

Para conocer un concepto de pareja de hecho tendremos que acudir a las legislaciones autonómicas y a la propia jurisprudencia, puesto que como ya advertimos antes, en nuestro ordenamiento no existe una legislación unitaria de las uniones de hecho. Así, y en lo que ahora nos interesa, nos centraremos en la definición dada por la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables de las

¹ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R.: *Derecho de familia*, Bercal, Madrid, 2015, p.45

² STS de 18 de mayo de 1992 [R. 4907]

³ Cfr. PÉREZ VILLALOBOS M.C.: *Las leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho*, Aranzadi, Madrid, 2008, p. 32

⁴ Cfr. ALONSO HERREROS D.: *El funcionamiento de los Registros de Uniones Civiles de hecho en España y en otros países europeos*, en Cuadernos de Derecho Público, núm.15, Madrid, 2002, p. 13

Islas Baleares⁵, pues es donde Leticia y Felipe se inscriben como pareja de hecho, estableciendo en su artículo 1º que la pareja de hecho es “*la unión de dos personas que convivan de forma libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal.*” Pues bien, los requisitos que nos describe esta definición los encontramos en la ya citada STS de 18 de mayo de 1992⁶ afirmando que “*no obstante, tales uniones para que puedan generar aplicación de la normativa legal, deben de cumplir ciertos requisitos que se derivan de su propia naturaleza, a fin de evitar que una interpretación amplia y no debidamente medida, desborde y desvirtúe la correspondiente aplicación del Derecho. 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[...]*”

Existen una pluralidad de formas de referirse a las parejas de hecho, así nombres como “unión de hecho”, “unión libre”, “pareja no casada”, “convivencia more uxorio” o “familia de hecho” han proliferado en los últimos tiempos.

En lo que respecta a los requisitos y constitución de las parejas de hecho, hay que señalar que para que sea de aplicación la Ley de parejas de hecho de Islas Baleares habrán de cumplirse una serie de requisitos y formalidades, además, de no incurrir en ningún impedimento e inscribirse de manera voluntaria en el Registro de Parejas Estables de Islas Baleares. Asimismo, uno de los miembros de la pareja, como mínimo, tendrá la vecindad civil de las Islas Baleares y se exigirá a ambos miembros de la pareja la sumisión expresa al régimen de la ley. Además, deben ser mayores de edad o menores emancipados.

Como exclusiones legalmente estipuladas en la ley, nos encontramos las siguientes:

1. No pueden estar ligados por vínculos matrimoniales
2. No pueden ser parientes en línea recta por consanguinidad o adopción
3. No pueden ser parientes colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado.
4. No pueden tener otra pareja de hecho

Por tanto, el requisito del apartado tercero ya no se cumple, pues Felipe y Leticia son parientes colaterales por consanguinidad de tercer grado, ya que sería una pareja de hecho entre tía carnal con sobrino carnal.⁷

En primer lugar, responderemos a si se puede inscribir en el Registro de Parejas de Hecho de Islas Baleares a esta pareja. Para ver el procedimiento de inscripción de las uniones de hecho habrá que analizar el Decreto 112/2002, de 30 de agosto, mediante el cual se crea un Registro de Parejas Estables de las Illes Balears⁸. En la hoja de solicitud, las personas que quieran inscribirse como pareja de hecho, deben firmar que no tienen ninguna relación de parentesco en línea directa por consanguinidad o adopción, ni colateral por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado.

⁵ BOIB núm. 156 de 29 de Diciembre de 2001 y BOE núm. 14 de 16 de Enero de 2002

⁶ STS de 18 de mayo de 1992 [R. 4907]

⁷ Para saber los grados de parentesco aplicamos el artículo 918 del Código Civil que dice “en la colateral se sube hasta el tronco común, y después se baja hasta la persona con quien se hace la computación. Por esto, el hermano dista dos grados del hermano, tres del tío, hermano de su padre o madre, cuatro del primo hermano, y así en adelante.

⁸ BOIB núm. 108 de 07 de Septiembre de 2002

Además, firmarán que no están inscritas como pareja estable con otra persona, y que al menos un miembro de la pareja que quiere inscribirse tiene la nacionalidad española y la vecindad civil balear. Junto a la solicitud de inscripción, debe presentarse una serie de documentación, que implica el inicio del expediente administrativo. Entre otros documentos exigibles, se encuentra la necesidad de acompañar a la solicitud de un certificado actualizado del Registro Civil en el que se acredite que no tienen ningún vínculo de parentesco. Una vez que se presenta la documentación exigible, se asignará un número de expediente a la solicitud, para que posteriormente, la persona encargada del Registro compruebe la exactitud y la suficiente de los datos aportados. Si estos son correctos, dentro del plazo de un mes, se requerirá a los dos miembros de la pareja que quieren inscribirse como unión de hecho, para que delante del responsable del registro, del notario o alcalde asistido por el secretario, formalicen la voluntad de inscribirse como pareja de hecho. La inscripción en el Registro tiene carácter constitutivo. Después de que la pareja formalice su voluntad, el encargado de Registro elevará la propuesta de constitución de la unión de hecho a la Consejería de Presidencia, que ha de dictar resolución en el plazo de tres meses, y de no hacerlo así, se entenderá que la solicitud de inscripción ha sido concedida por silencio administrativo positivo.

Por tanto, habida cuenta del procedimiento, se entiende que la pareja de hecho no pudo haberse registrado, pues por un lado, se exige que entreguen la documentación necesaria para que se demuestren que no tienen parentesco, y por otro lado, se examinará detalladamente esta, siendo imposible por tanto, que se hayan inscrito.

En segundo lugar, determinaremos si es posible una aplicación analógica de las normas del matrimonio a las parejas de hecho, pudiendo el juez integrar el vacío legal de las parejas de hecho con las normas reguladoras del matrimonio.⁹ La aplicación analógica, como mecanismo de integración de lagunas legales, de las normas del matrimonio a las parejas de hecho hay que descartarla, si bien es cierto que el artículo 4º del Código Civil, permite *aplicar analógicamente una norma cuando estas no contemplen un supuesto específico, pero regulen uno semejante entre los que haya identidad*. Por tanto, para que sea posible la aplicación analógica es necesario que se trate de un supuesto no contemplado, que una norma regule un supuesto semejante y que entre ambos exista identidad de razón. En el caso de las parejas de hecho es cierto que no existe una regulación específica, pero no se cumplen los otros dos requisitos.

Si utilizásemos este mecanismo, habría que ver si tiene cabida la aplicación analógica del artículo 48 del CC¹⁰ que establece que *“el Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con Justa causa y a instancia de parte, los impedimentos del grado tercero entre colaterales y de edad a partir de los catorce años. En los expedientes de dispensa de edad deberán ser oídos el menor y sus padres o guardadores. La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada Judicialmente por alguna de las partes.”* En este precepto del CC, la técnica utilizada es “el juez podrá”, por tanto será algo discrecional que quedará en manos del Juez de Primera Instancia, y que sólo prosperará si en la solicitud de dispensa se expresa, como bien recoge el Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil¹¹, el árbol genealógico de los que quieren unirse, y cuando concurra una

⁹ Cfr. ÁLVAREZ LATA, N.: *Las parejas de hecho: perspectiva jurisprudencial*, en Derecho Privado y Constitución, núm. 12, 1998, pp. 7-14

¹⁰ Modificado tras la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, aunque a los efectos que a nosotros nos interesan, en relación al impedimento de parentesco, no hay ninguna modificación respecto a la anterior, que es cuando realmente se produce el matrimonio.

¹¹ BOE núm. 296 de 11 de Diciembre de 1958

justa causa.¹² Además, quien lo solicite acreditará los motivos de índole particular, familiar o social que invoque, y aportará, en su caso, un principio de prueba de impedimento.

Nuestro ordenamiento, en diferentes ámbitos, si que aplica una analogía entre la pareja de hecho y el matrimonio, así a modo de ejemplo, se puede ver como en el CC existen ejemplos de equiparación en el artículo 101, pues establece como causa de extinción de la pensión compensatoria el hecho de vivir el beneficiario con otra persona. Se está equiparando, por tanto, el matrimonio con los efectos de la convivencia de una pareja de hecho. Además, el artículo 108 del propio CC, establece los mismos efectos a la filiación matrimonial que a la no matrimonial, como a la adoptiva. En derecho civil especial, nos encontramos, por ejemplo, en el artículo 12.4 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, *de Arrendamientos Urbanos*, “*lo dispuesto en los apartados anteriores será también de aplicación en favor de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual durante, al menos, los dos años anteriores al desistimiento o abandono, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia.*”¹³ En materia penal, a modo de ejemplo, el artículo 23 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal expresa que “*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, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente.*”¹⁴

Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional ha considerado en numerosa jurisprudencia que no existe identidad entre las parejas de hecho y el matrimonio, por ejemplo en las sentencias 184/1990, de 15 de noviembre¹⁵, la 66/1994, de 28 de febrero¹⁶ o la 214/1994, de 14 de julio¹⁷ donde ha señalado que el matrimonio y las uniones de hecho no son realidades constitucionalmente equiparables, ya que el matrimonio es un derecho constitucional y la unión de hecho no está reconocida en el Texto Fundamental. Más reciente es la STC 93/2013¹⁸ que expresa que el “*matrimonio y convivencia extramatrimonial no son situaciones jurídicamente equivalentes.*”. Asimismo, nuestro Tribunal Supremo en la *Sentencia 611/2005, de 12 de septiembre*¹⁹ expresa claramente que las uniones de hecho [...] constituyen una realidad social, que, cuando reúnen determinados requisitos -constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial- han merecido el reconocimiento como una modalidad de familia, aunque sin equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe trasponerle el régimen jurídico de éste, salvo en algunos de sus aspectos.

¹² Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R.: *op. cit.*, p. 53

¹³ BOE núm. 282, de 25 de Noviembre de 1994

¹⁴ BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995

¹⁵ STC de 15 de noviembre de 1990 [BOE-T-1990-29360]

¹⁶ STC de 28 de febrero de 1994 [ECLI:ES:TC:1994:66]

¹⁷ STC de 14 de julio de 1994 [BOE-T-1994-19040]

¹⁸ STC de 19 de noviembre de 2013 [ECLI:ES:TC:2003:93]

¹⁹ STS de 12 de septiembre de 2005 [ECLI: ES:TS:2005:11214A]

III.1.b) Matrimonio

El matrimonio aparece regulado en los artículos 42 a 107 del CC. Hay que hacer una matización, pues alguno de estos artículos han sido modificados por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. Sin embargo, el matrimonio entre Felipe y Leticia tiene lugar el 15 de mayo de 2015, por lo que en ese momento esa ley no estaba en vigor, y por tanto no será aplicable a nuestro caso, siendo solamente aplicable lo que estaba en vigor en aquel entonces. Haciendo una lectura del articulado del CC, no podemos encontrar una definición de matrimonio, pero siguiendo a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, se puede definir como *“la unión estable entre dos personas, convertida entre ellos de acuerdo con determinadas formalidades previstas por la ley, con ánimo de compartir vida y experiencia”*.²⁰

En España el matrimonio puede celebrarse siguiendo dos formas diferentes: la religiosa y la civil. Así, en la versión original del CC, el matrimonio civil era subsidiario del canónico pues este último debían contraerlo los que profesasen la religión cristiana. Sin embargo, en la II República solo se reconoce el matrimonio civil. Con la llegada de Franco al poder se reforma el régimen anterior, donde va prevalecer el matrimonio canónico al civil. Ya en 1978, con la aprobación de la CE, se instaura un nuevo régimen matrimonial.²¹ Su inclusión dentro del artículo 32 de nuestra Carta Magna lo convierte ya no solo en un negocio privado, sino en un derecho que se extiende a toda persona y que permite configurar libremente su vida y desarrollar su personalidad. Se encuentra ubicado en la Sección Segunda del Capítulo Segundo, y a pesar del tenor literal de este artículo *“sólo el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”*, a partir de la Ley 13/2005, de 1 de Julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio²², se considera que *“el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”*. De este artículo se extrae que contraer o no matrimonio es una decisión que se enmarca en un aspecto de la libertad personal de cada uno, y por tanto los poderes públicos deben respetar este derecho y eliminar las circunstancias que impidan su libre ejercicio.²³

El matrimonio debe cumplir una serie de requisitos para que sea válido. Así, tiene que haber consentimiento de ambos cónyuges y en el caso de que esté sometido a condición, término o modo, se tendrá por no puesta. Existen también unos límites al matrimonio ya que no pueden contraerlo los menores no emancipados, los que ya estén ligados por un vínculo matrimonial, los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado ni los condenados por haber participado en la muerte dolosa del cónyuge.

Antes de la celebración del matrimonio se tramitará el denominado expediente matrimonial, cuyo fin primordial es ver que no concurre ningún tipo de impedimento matrimonial, y por tanto, que esas dos personas puedan contraer matrimonio. La tramitación del expediente matrimonial aparece regulada en los arts. 238 a 254 del Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil²⁴. Son competentes, a la hora de instruir este expediente, el Juez de Primera Instancia, el Juez de Paz o el encargado del Registro Consular

²⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R.: *op.cit.*, p. 39

²¹ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R.: *op.cit.*, p. 40

²² BOE núm. 157 de 02 de Julio de 2005

²³ Cfr. PÉREZ VILLALOBOS M.C.: *op. cit.*, p.114

²⁴ BOE núm. 296 de 11 de Diciembre de 1958, en adelante RRC

correspondiente al domicilio de los contrayentes. El procedimiento comienza con un escrito de los contrayentes al funcionario competente, en donde se hará mención a su identidad, profesión, en su caso a la disolución del matrimonio anterior, al juez o funcionario elegido para su celebración, pueblos en los que hubiesen residido o estado domiciliados en los dos años anteriores, y por último y lo más importante para nosotros, es que tienen que entregar una declaración de que no existe impedimento alguno para el matrimonio. Posteriormente, el instructor del expediente oír a los contrayentes por separado para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo que impida la celebración. Incluso el MF y los particulares que tengan conocimiento del matrimonio estarán obligados a denunciar cualquier impedimento que les conste. Por esto, es cuanto menos sorprendente, que en el caso no se nos especifique nada del impedimento, que en todo caso, tendría que haber sido alegado por ellos cuando presentaron la documentación ante el funcionario competente, habría sido objeto de estudio por parte del instructor en la audiencia que este hace por reservado y separadamente, y podría haber sido alegado incluso por el MF o cualquier otro particular.

Por tanto, el principal problema que nos encontramos en este caso, es que Leticia y Felipe son parientes colaterales de tercer grado, es decir son tía y sobrino. Entonces, lo que tenemos que preguntarnos es, si pese a este impedimento, podrían contraer igualmente matrimonio. Si estudiamos el artículo 48 del CC, nos encontramos con una dispensa facultativa del juez que permite si hay justa causa y siempre a instancia de parte, consentir el matrimonio de parientes de tercer grado entre colaterales. Este artículo, como ya vinimos adelantando al principio de este apartado, ha sido uno de los modificados por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que entró en vigor el 23 julio 2015²⁵. Es por ello, que nosotros tendremos que mirar este artículo en su redacción anterior.²⁶

Por tanto, este requisito que podría verse afectado en el caso de la validez del matrimonio entre Leticia y Felipe, podría ser objeto de dispensa, siempre que concurriese justa causa.

El art. 48 CC subordina, por tanto, la concesión, o en caso contrario, la negación de la autorización para celebrar el matrimonio, a que se de "una justa causa". Esta ha de ser apreciada, no de conformidad con las manifestaciones del interesado, sino de conformidad con los valores que sobre el matrimonio exprese la Constitución y el Código civil. Estos valores se justifican no sólo en la necesidad de garantizar la libre personalidad y su desarrollo (art. 10 de la Constitución) de quien desea casarse y tiene derecho a ello (art. 32 de la Constitución), sino también en tutelar el interés y seriedad del vínculo matrimonial.²⁷

Vamos a ver una serie de resoluciones en donde se concede la dispensa por existir justa causa:

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en la resolución de 18 octubre 1995 expresa que es posible considerar como justa causa para la dispensa la circunstancia de que tío y sobrina, por incapacidad del primero, llevarán conviviendo durante veintidós años. Además, afirma que es

²⁵ BOE núm. 158 de 03 de Julio de 2015; en adelante LJV

²⁶ Redacción anterior a la reforma operada en el art.48 CC: El Ministro de Justicia puede dispensar, a instancia de parte, el impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior. El Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, los impedimentos del grado tercero entre colaterales y de edad a partir de los catorce años. En los expedientes de dispensa de edad deberán ser oídos el menor y sus padres o guardadores. La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes.

²⁷ Cfr. TOLDRÁ ROCA M^o.D.: *El consentimiento matrimonial*, Cedecs, Barcelona, 2000, p. 383

“menester entender que una convivencia prolongada y voluntaria entre tío y sobrina puede ser tan fuerte el afecto entre ambos, que, sobrepasando el del simple parentesco, llegue a la affectio maritalis, cuya real existencia depende de la voluntad íntima de las personas y no puede desvelarse so pena de permitir intromisiones ilegítimas en su intimidad”.

Asimismo, la Resolución de 25 de enero de 1985 revocó el auto del juez que había denegado la dispensa de edad para contraer matrimonio a una menor de quince años embarazada. La negativa judicial se formulaba del siguiente modo: para que tenga lugar esta dispensa, conforme el art. 48 del Código civil, ha de ser muy fuerte e importante la causa de la misma. Así la circunstancia de que la interesada de quince años de edad, éste embarazada debe estimarse como justa causa para conceder la dispensa.

Pues bien, esta última resolución, aunque sea para dispensar el impedimento de edad, nos sirve para justificar la justa causa también en el impedimentos de parentesco entre Felipe y Leticia. Por ello, entendemos que concurre justa causa para solicitar la dispensa, pues aunque Leticia y Felipe solo lleven viviendo juntos 11 meses, los dos han formado una vida en común, viviendo juntos desde un primer momento, considerando Felipe a Antonio como su hijo, incluso queriendo adoptarlo y quedándose Leticia embarazada un mes y pocos días después de haberse celebrado el matrimonio. Sería absurdo negarle el matrimonio a una pareja, que aunque es cierto que concurre el impedimento, han formado una familia y conviven de forma continuada en la vivienda familiar.

Aquí hay que hablar de la convalidación, pues incluso si llegan a casarse existiendo esta tacha, posteriormente puede ser objeto de convalidación. Así nos los hace saber el artículo 48 CC cuando dice que *la dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio*. Por tanto, lo normal es que la dispensa se obtenga antes de la celebración del matrimonio, pero se admite también la posterior que convalidará retroactivamente el matrimonio. Tiene que solicitarse antes de que se haya solicitado judicialmente la nulidad del matrimonio por alguno de los legitimados del artículo 74 CC. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 29 de marzo de 2015²⁸, el Ministerio Fiscal interpone denuncia contra dos parientes colaterales de tercer grado que habían contraído matrimonio. Se recurre y el demandante declara en uno de sus motivos que no se declarase nulo el matrimonio porque el impedimento no había sido todavía dispensado, pero podía dispensarse con posterioridad a la celebración. Se decía por parte de los demandados que ninguno de los dos había solicitado la nulidad, solo por parte del MF, a quién no lo consideran parte legitimada. Sin embargo, el tribunal responde que el MF está legitimado, pues cuando el art. 48 CC dice partes legitimadas, no solo se está refiriendo a los contrayentes, sino también al MF, por ser aplicable el art. 74 CC.

La forma de la celebración del matrimonio civil entre Felipe y Leticia ha sido válida ya que se realiza ante la alcaldesa de Barcelona y ello viene admitido por el artículo 49 del CC, ya que este artículo permite que los contrayentes manifiesten su consentimiento matrimonial ante el juez, el alcalde o funcionario señalado por el Código (art. 49 CC que sigue vigente hasta el 30 de junio de 2017, mientras no entre en vigor LJV).

La competencia funcional para celebrar el matrimonio, aparece regulada en el artículo 51 del CC²⁹, diciendo que esta competencia recae en el juez competente del Registro Civil, en el Alcalde del municipio en donde se celebre el matrimonio o en el concejal en quien este delegue, o en el

²⁸ SAP TERUEL de 24 marzo de 2015 [JUR 2015\123212]

²⁹ Esta redacción de este artículo es la que estaba vigente cuando Leticia y Felipe contrajeron matrimonio, y fue redactada por la Ley 35/1994, 23 diciembre, de modificación del Código Civil en materia de autorización del matrimonio civil por los Alcaldes.

funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil.³⁰ La presencia de estos funcionarios tiene un carácter *ad solemnitatem* por lo que la inobservancia de la misma determinará la nulidad del matrimonio.³¹ Actualmente, la LJV expresa en su Disposición Transitoria Cuarta que los expedientes matrimoniales que se inicien antes del 30 de junio del 2017 se seguirán tramitando por el Encargado del Registro Civil conforme a las disposiciones del Código Civil y de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957. Si el expediente matrimonial es resuelto favorablemente, el matrimonio podrá celebrarse a elección de los contrayentes ante:

1º El Juez Encargado del Registro Civil y los Jueces de Paz por delegación de aquél.

2º El Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien éste delegue.

3º El Secretario judicial o Notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea competente en el lugar de celebración.

4º El funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil en el extranjero.

Como consecuencia, los Notarios y los Letrados de la Administración de Justicia pueden ya actualmente celebrar matrimonios, pero en la fecha en que Leticia y Felipe contraen matrimonio (25 de mayo) esta opción no era posible. En este sentido, la resolución de 21 de Julio, por la que se aprueba la Circular del Consejo General del Notariado 1/2015 relativa a la celebración de matrimonio por Notario³², aclara que los notarios (al igual que los secretarios judiciales), si bien no pueden tramitar el expediente matrimonial, sí que son competentes para la celebración de matrimonios desde el 23 de Julio de 2015. En consecuencia hasta el 30 de Junio de 2017, los expedientes matrimoniales seguirán siendo tramitados por el Juez Encargado del Registro Civil, aplicando la normativa del Registro Civil contenida en la Ley de 8 de Junio de 1957 y de su Reglamento. Una vez resuelto favorablemente el expediente matrimonial, la celebración del matrimonio podrá tener lugar, a elección de los contrayentes, ante cualquiera de las autoridades indicadas en el ya citado párrafo segundo de la Disposición Transitoria Cuarta de la LJV.

La competencia territorial está regulada en el artículo 57 del CC, que ha sido modificado por la LJV, pero que no entrará en vigor tampoco hasta el 30 de junio de este mismo año. Por tanto, atenderemos a la redacción del artículo 57 CC³³, pero en su redacción realizada por la Ley 35/1994, 23 diciembre, de modificación del Código Civil en materia de autorización del matrimonio civil por los Alcaldes³⁴. En virtud de este artículo, tendremos que distinguir quien es el funcionario autorizante del matrimonio. Si es el juez quien celebra el matrimonio, puede ser el juez que instruyó

³⁰ A partir del 30 de Junio de este año, entrará en vigor la reforma efectuada por la LJV en relación al artículo 51.2 CC, por lo que con esta reforma pasarán a ser competentes para la celebración del matrimonio: 1º El Juez de Paz o Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien éste delegue. 2º El Secretario judicial o Notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea competente en el lugar de celebración. 3º El funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil en el extranjero.

³¹ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R.: *op. cit.*, p. 59

³² Instrucción de 3 de agosto de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la intervención de los notarios y secretarios judiciales en la celebración de bodas al amparo de la nueva ley de jurisdicción voluntaria.

³³ Redacción vigente en la fecha de celebración del matrimonio entre Leticia y Felipe: El matrimonio deberá celebrarse ante el Juez, Alcalde o funcionario correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes y dos testigos mayores de edad. La prestación del consentimiento podrá también realizarse, por delegación del instructor del expediente, bien a petición de los contrayentes o bien de oficio, ante Juez, Alcalde o funcionario de otra población distinta.

³⁴ BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 1994

el expediente, el juez del domicilio de cualquier de los contrayentes u otro distinto. En caso de que sea el alcalde el que celebre el matrimonio, sería el alcalde del municipio en que el juez haya instruido el expediente previo, aunque si los contrayentes lo solicitan podría celebrarse el matrimonio ante el alcalde de cualquier otro ayuntamiento.

El caso nos dice que Leticia amenaza a Felipe diciendo que *o se casan o ella se llevaría a Antonio*. Aquí cabría analizar si existe un vicio de los relativos al artículo 73 CC, concretamente de su apartado 5º): *“El contraído por coacción o miedo grave”*. Para ver si el matrimonio es nulo analizaremos algunas sentencias de nuestros Tribunales. Así, la Sentencia Audiencia Provincial de Segovia de 18 diciembre de 2014³⁵ : *La coacción o miedo que se recoge en el párrafo quinto del art. 73 ha de referirse a actos intimidatorios contra el otro contrayente para obligarle a doblegar su voluntad*. Incluso la Sentencia Audiencia Provincial de Castellón de 5 junio de 2003³⁶ expresa que la *«coacción o miedo grave» a que se refiere el ordinal 5º del art. 73 CC como causa legal de nulidad matrimonial, de formulación normativa idéntica desde la primera redacción del Código civil, debe ser entendida, a los efectos que ahora interesan, bien de una coacción o «vis absoluta» o violencia física que anula totalmente la voluntad y, por tanto, el consentimiento, y que resulta sumamente difícil que se produzca dada la necesaria intervención del Juez o funcionario autorizante, o bien de una intimidación o «vis relativa», más frecuente en la práctica como violencia moral, que puede definirse siguiendo las pautas del art. 1267 párr. 2º CC, entendiendo por tal el que inspire a uno de los contrayentes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de sus parientes más próximos, pero en cualquiera de ambos casos, esa coacción o miedo grave debe ser inequívocamente demostrada por quien la alega por constituir la nulidad, como ya hemos dicho anteriormente, un remedio excepcional a las crisis matrimoniales*.

Por tanto, la amenaza que propiciaría que el consentimiento no fuese libre sería difícil de demostrar en este caso, e incluso aunque pudiese ser demostrado, el artículo 76 CC establece un cauce de convalidación del matrimonio si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desvanecido el error o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo.

Por tanto, aun considerando que el consentimiento estaba sometido a miedo o coacción , el plazo de la acción de nulidad sería de un año desde el cese del vicio.³⁷ Y, según los datos que sacamos del caso, desde el día que se casan y hasta el último hecho que tenemos constancia pasa más de un año viviendo juntos y sin que haya ocurrido ningún tipo de amenaza o coacción a partir de ahí por parte de Leticia. Por todo esto, se desvanece el error.

III.1.c) Conclusiones

-Parejas de hecho:

1. Las parejas de hecho son un realidad social en pleno auge, y que por tanto, necesitan de una solución por parte del ordenamiento jurídico a los problemas que surgen en el seno de las mismas, puesto que tienen que enfrentarse, normalmente, a los mismos problemas que un matrimonio. Sin embargo, se encuentran con el problema de que no existe una regulación estatal sobre ellas, y de otro lado, de la brutal creación de normas diferentes de las CCAA. Y es

³⁵ SAP de 18 de diciembre de 2014 [JUR 2015\61381]

³⁶ SAP de 5 de junio de 2003 [JUR 2006\197526]

³⁷ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R.: *op. cit.*, p. 79

que las CCAA, en el ejercicio de sus competencias civiles, han tenido que legislar sobre las uniones de hecho a falta de una ley de ámbito estatal que las regule, para fijar los criterios generales para evitar la discriminación dependiendo de la Comunidad Autónoma en la que se viva. Lo que existe ahora mismo es un caos normativo (administrativo, judicial y de derechos civiles) en España, en donde algunos Parlamentos Autonómicos legislan sobre las parejas de hecho y otros no lo hacen. Todo ello genera una situación de inseguridad jurídica y de fuerte injusticia.

2. Han tenido que ser los Juzgados y Tribunales los que dan respuesta a la distinta problemática que surja respecto a la pareja de hecho. Lo peor de todo, es que ni siquiera en la jurisprudencia existe una respuesta unitaria a estos problemas, lo que genera, como ya dijimos antes, una fuerte inseguridad jurídica. Se reconocerán unos derechos o no en función de la Comunidad Autónoma en la que se viva, de los juzgados que conozcan de las demandas en que se presenten los problemas que se susciten o incluso del sector en el que se trabaje, porque esta falta de regulación está haciendo que estas situaciones de discriminación se intenten frenar mediante modificaciones en el ámbito singular.³⁸
3. Por un lado, analizamos la inscripción de la pareja de hecho, teniendo en cuenta el Decreto 112/2002, de 30 de agosto, mediante el cual se crea un Registro de Parejas Estables de las Illes Balears. En la hoja de solicitud, veíamos que los que querían inscribirse como pareja de hecho, no podían tener ninguna relación de parentesco en línea directa por consanguinidad o adopción, ni colateral por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado, y esto lo tenían que acreditar mediante la documentación que se les exige, siendo por tanto, imposible que la persona encargada del Registro, hubiese permitido tal inscripción. Por otro lado, determinamos si era posible una aplicación analógica de las normas del matrimonio a las parejas de hecho, más concretamente si era posible la aplicación analógica del artículo 48 del CC, que permite dispensar si hay justa el impedimento de parentesco entre parientes colaterales de tercer grado. Sin embargo, y pese a la multitud de jurisprudencia contradictoria, la conclusión a la que cabe llegar, como bien ha reiterado el Tribunal Constitucional, es que la pareja de hecho y el matrimonio no son realidades equiparables, y por tanto, no puede existir una relación de analogía.

-Matrimonio:

1. En España el matrimonio puede celebrarse siguiendo dos formas diferentes: la religiosa y la civil. Se configura como un derecho que se extiende a toda persona, apareciendo regulado en el art. 32 de la CE, que a pesar de su tenor literal, “sólo *el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*”, a partir de la Ley 13/2005, de 1 de Julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio se permite que contraigan matrimonio personas del mismo sexo.
2. Antes de la celebración del matrimonio se requiere tramitar un expediente matrimonial, cuya instrucción corresponde al Juez de Primera Instancia, al Juez de Paz o al encargado del Registro Consular correspondiente al domicilio de los contrayentes. El procedimiento comienza con un escrito de los contrayentes al funcionario competente, en donde se hará mención a la necesidad de que entreguen una declaración de que no existe impedimento alguno para el matrimonio. Habrá una audiencia entre el instructor y los cónyuges por separado para comprobar que no existe impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo que impida la celebración. Resulta

³⁸ Cfr. PÉREZ UREÑA, A.A.: *op. cit.*, p. 177

curioso que después de que los cónyuges tengan que entregar un escrito en el que declaren que no son parientes, y que posteriormente, el instructor haya realizado una audiencia con ambos cónyuges para comprobar que no existe impedimento de parentesco, se celebre de igual manera el matrimonio.

3. En el artículo 48 del CC, nos encontramos con una dispensa facultativa del juez que permite si hay justa causa y siempre a instancia de parte, consentir el matrimonio de parientes de tercer grado entre colaterales. Entendemos que en este caso podría solicitarse la dispensa al concurrir una justa causa, pues la pareja ha formado una familia, ya que Antonio, aunque no sea hijo biológico de Felipe, lo trata como su hijo, incluso queriendo adoptarlo y quedándose Leticia embarazada un mes y pocos días después de haberse celebrado el matrimonio. Sería absurdo negarle el matrimonio a una pareja, que aunque es cierto que concurre el impedimento, han formado una familia y conviven de forma continuada en la vivienda familiar. Incluso habiéndose celebrado el matrimonio existiendo esta tacha, posteriormente puede ser objeto de convalidación. Por tanto, la regla general es que la dispensa se obtenga antes de la celebración del matrimonio, pero se admite también la posterior que convalidará retroactivamente el matrimonio, siempre que no se haya solicitado judicialmente la nulidad.
4. En relación a si existe vicio un vicio del consentimiento, por la amenaza que Leticia le propina a Felipe: “o se casan o ella se llevaría a Antonio”, considero que no existe coacción o miedo grave, pues la voluntad de Felipe no se ve anulada ni le produce el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de sus parientes más próximos. En este caso, sería muy difícil de demostrar que el consentimiento de Felipe no es libre, e incluso aunque fuera demostrado, el artículo 76 CC establece un cauce de convalidación del matrimonio si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desvanecido el error o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo.

III.2. Adopción de Antonio

III.2.a) Definición, caracteres y normativa aplicable

La adopción significa integrar a alguien a la familia que no pertenecía a ella por razones de consanguinidad, de sangre o descendencia, creando una relación de parentesco basada en el acto de la adopción. La filiación puede proceder bien de la adopción o por naturaleza, teniendo los mismos efectos la matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva.³⁹

Los caracteres esenciales de la adopción pueden resumirse en cinco. El primero de ellos, es que es un acto de naturaleza jurisdiccional, pues se constituye por resolución judicial. La constitución de la adopción es regulada en el artículo 176 CC cuyo tener literal manifiesta que *“la adopción se constituirá por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.”* Por tanto, mientras no haya un auto que autorice o constituya la adopción, esta permanecerá en un estado incompleto o imperfecto. El segundo de los caracteres es que la adopción está regida por el interés superior del menor, que es el que ha de primar a la hora de aprobar o denegar la adopción. En tercer lugar, queda equiparado el vínculo entre adoptante y adoptado al de la filiación por naturaleza, recogiendo así el artículo 108 del CC. En cuarto lugar, extingue los vínculos entre el adoptado y su familia biológica, pues así lo establece el artículo 178 del CC, con las excepciones que establece el mismo

³⁹ Cfr. LASARTE CARLOS, *Derecho de familia*, Marcial Pons, Madrid, 2016 p. 373

artículo. En un último lugar, es un acto irrevocable, en virtud del artículo 180 del CC.⁴⁰ Sin embargo, se podrá revocar judicialmente cuando a petición de cualquiera de los progenitores que, sin culpa suya, no interviniesen en el expediente, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos años siguientes a la adopción y que esta extinción no perjudique gravemente al menor. Será necesario para acordar la extinción de la adopción, el consentimiento expreso del adoptado si este fuera mayor de edad.

Respecto a la normativa aplicable, debemos tener en cuenta que el expediente de adopción de Antonio se inicia en el año 2014, y que este todavía no ha sido finalizado, al no especificarlo así el caso. Por tanto, tendremos que resolver que legislación le es aplicable, pues prácticamente toda la materia de adopción ha sido modificada desde entonces.

La Disposición Transitoria Undécima del CC establece que *“los expedientes de adopción, los de emancipación voluntaria y los de dispensa de ley pendientes ante el Gobierno o los Tribunales, seguirán su curso con arreglo a la legislación anterior, a menos que los padres o solicitantes de la gracia desistan de seguir este procedimiento y prefieran el establecido en el Código”*. Es decir, que los solicitantes podrán elegir el procedimiento anterior que regulaba la adopción o el actualmente regulado en el Código. Sin embargo, sabemos por el principio de especialidad, que si hay una norma especial que resulta aplicable, habrá que mirar que nos dice esta. Por tanto, habrá que mirar las leyes especiales que están en vigor para ver que nos dicen. Así la LJV, expresa en la Disposición Transitoria Primera que *“los expedientes afectados por esta Ley que se encontraran en tramitación al tiempo de su entrada en vigor se continuarán tramitando conforme a la legislación anterior”*. Incluso si vamos a la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁴¹ nos encontramos también con que en su Disposición Transitoria Primera nos dice que *“los procedimientos y expedientes judiciales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley y que se encontraren en tramitación se continuarán tramitando conforme a la legislación procesal vigente en el momento del inicio del procedimiento o expediente judicial.”* Por tanto, a la adopción iniciada en 2014 le será aplicable la legislación procesal que estaba vigente en 2014, es decir, la Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881⁴². Esta ley actualmente está derogada, pues tuvo vigencia hasta el 23 de julio de 2015, pero sin embargo, es la norma que se aplicaba a la adopción en el año 2014. Además, analizaremos los artículos 175 a 180 del CC, en la forma redactada por la Ley Orgánica 1/1996, 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴³.

También habrá que tener en cuenta que el expediente de adopción se inicia en Palma de Mallorca, en donde la familia convive y por tanto, también resulta aplicable la Ley 17/2006 de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears.⁴⁴ Su artículo 2 establece que la presente ley se aplica a todas las personas menores de edad que se hallen en territorio de las Illes Balears, con independencia de cual sea su situación administrativa. Esta ley específica que mediante la propuesta de adopción se promueve la plena integración de la persona menor de edad en una nueva familia, una vez se ha constatado la

⁴⁰ Cfr. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUM ESCORIAZA J. *La adopción y acogimiento*, en Revista Uned, Madrid, 2006, p.2

⁴¹ BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015

⁴² GACETA núm. 36, de 5 de febrero de 1881

⁴³ BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996

⁴⁴ BOE núm. 297, de 13 de diciembre de 2006

inviabilidad de la reintegración y permanencia definitiva de la persona menor de edad en su núcleo familiar de origen, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 176.2 CC. Al igual que el Código Civil, expresa que la adopción se constituye por resolución judicial, en donde se tendrá en cuenta el interés del menor adoptado y la idoneidad de las personas que quieren adoptar.

Esta ley nos dice que Mallorca y el resto de consejos insulares tienen la función ejecutiva y la gestión de las competencias que habían sido atribuidas al Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en materia de tutela, acogimiento y adopción de personas menores de edad. Así, tienen competencia sobre:

1. La iniciación, ordenación, tramitación y resolución para la formación de la propuesta previa de adopción, en favor de personas menores de edad con expediente de protección.
2. La iniciación, ordenación, tramitación y resolución de los expedientes de familias solicitantes de adopción, incluida la expedición del certificado de declaración de idoneidad, reguladas, actualmente, en los artículos 176.2 del Código Civil y concordantes.

III.2.b) Características de adoptante y adoptado

A la hora de exponer las características tanto del adoptante como del adoptado, habrá que fijarse en los artículos 175 a 180 del CC en la redacción vigente en el año 2014, que es cuando se inicia el expediente. Además, compararemos estos artículos con las modificaciones que ha introducido la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, y que entraron en vigor después de haberse iniciado el expediente de adopción de Antonio, concretamente entraron en vigor el 18 de agosto de 2015, y que no le resultan de aplicación a nuestro caso. Por tanto, analizaremos las características que deben cumplir adoptante y adoptado según aparecen actualmente regulados en el CC, pero comparándolos con los que aparecían anteriormente regulados y que son los que resultan aplicables a la adopción de Antonio.

-El adoptante debe tener plena capacidad de obrar: En el momento en que se inicia la adopción de Antonio, la legislación en vigor establecía que el adoptante tenía que ser mayor de veinticinco años. En la adopción por ambos cónyuges basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En este caso Felipe tiene veintiséis años, cumpliéndose, por tanto, este requisito. Actualmente, la edad está fijada también en los veinticinco años.

-La Ley 1/1996, de 15 de Enero, la edad mínima de diferencia que se establecía era de catorce años entre adoptante y adoptando, y no permitía excepción. De esto, una Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 19 de febrero de 2000⁴⁵ que establecía que *“queda por determinar la repercusión que puede tener el hecho de no tener éste, al menos, catorce años mas que el adoptando, al haber nacido aquél el 7 de julio de 1973 y éste el 18 de diciembre de 1986, y por ende, existir solo una diferencia de edad de trece años y medio; pues bien, el tenor literal de citado artículo, en lo que a éste particular se refiere, es el de estarse en presencia de un requisito imperativo, y por tanto, condición sine qua non, para poder adoptar, dada la contundente expresión*

⁴⁵ SAP Salamanca de 19 febrero de 2000

"en todo caso", que cierra la vía a la excepción, lo que hace que sea un requisito ineludible legalmente para todos los supuestos"⁴⁶

En la actualidad se exige que el adoptante tenga, por lo menos, dieciséis años más que el adoptando y no ser superior a cuarenta y cinco, salvo en los casos previstos en el artículo 176.2 CC. Sin embargo, se podrá adoptar igual sin tener en cuenta la diferencia de edad, siempre y cuando el adoptando:

- 1.^a Sea huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.
- 2.^a Sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal.
- 3.^a Lleve más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo.
- 4.^a Ser mayor de edad o menor emancipado.

Por tanto, con la legislación actual, aunque Felipe solo le lleve trece años a Antonio, podría adoptarlo igual, pues Antonio es hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, en este caso Leticia. Pero, como tenemos que aplicar la legislación vigente en aquel momento, tenemos que concluir que no es posible que la adopción se lleve a cabo, pues no se cumple la edad mínima de diferencia.

Pasaremos a analizar los otros requisitos que deben cumplir el adoptante y el adoptando, aunque teniendo en cuenta que al no cumplirse el requisito de edad mínima de diferencia, la adopción ya de todas formas no puede llevarse a cabo.

-El adoptado será un menor de edad, excluyéndose a los menores emancipados. Sin embargo, *será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año.* Con la Ley 1/1996, de 15 de Enero se establecía que excepcionalmente los menores emancipados y los mayores de edad podían ser adoptados si inmediatamente antes de la emancipación hubiese existido entre el adoptante y el adoptado una relación ininterrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada con anterioridad a que adoptado hubiese cumplido los catorce años. En este caso, Antonio era un menor no emancipado, por tanto, se cumple este requisito.

-No se puede adoptar ni a un descendiente, ni a un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad ni a un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela. En este caso, son parientes colaterales por consanguinidad, pero de cuarto grado. Por tanto, se cumpliría este requisito.

-Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjuntamente por ambos cónyuges o por una pareja de hecho. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permitirá al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. Esta previsión será también

⁴⁶ Esta sentencia del año 2000 habla de una diferencia de edad de catorce años, cuando actualmente nuestro Código Civil ha aumentado esa edad en dos años más, es decir, en dieciséis, en virtud de la reciente reforma operada por la Ley 26/2015, a la que hemos estado aludiendo más arriba. Esto es debido en que en el año 2000 operaba una reforma incorporada por la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor que establecía en su disposición final novena que *"la adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. En la adopción por ambos cónyuges basta 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"*.

de aplicación a las parejas que se constituyan con posterioridad. Solo en el caso de muerte del adoptante o cuando éste haya incurrido en una causa de privación de la patria potestad será posible una nueva adopción.

-En caso de que el adoptando se encontrara en acogimiento permanente o guarda con fines de adopción de dos cónyuges o de una pareja de hecho, 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.

III.2.c) Procedimiento de la adopción

Para ver el procedimiento que resulta aplicable a la adopción de Antonio analizaremos la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Concretamente los artículos 1829 a 1832, ya derogados, pero aplicables a la adopción de Antonio por ser la legislación en vigor en 2014, y por así manifestarlo la Disposición Transitoria Primera de la LJV.

La adopción se constituye por resolución judicial y requiere una previa tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria. Para iniciar el expediente de adopción será necesaria, como regla general, la propuesta previa de la Entidad pública⁴⁷ a favor del adoptante o adoptantes en las que se les declare idóneos para el ejercicio de la patria potestad. Sin embargo, si concurre alguna de las siguientes circunstancias, no será necesaria la propuesta: ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad, ser hijo del consorte del adoptante, llevar más de un año acogido legalmente por el adoptante o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo, ser mayor de edad o menor emancipado.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de mayo de 2006, se recoge un supuesto en que no se necesita propuesta. Se trata de un caso en el que se inadmitía a trámite la solicitud de constitución de la adopción de una menor, que había sido promovida por la pareja de hecho de la madre de la menor. Se inadmitió porque se entendía que no se cumplían los requisitos que exige el art.176 CC, argumentando que no existía propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante. Sin embargo, la propuesta no era necesaria en ese caso, pues de aquella el CC establecía que «no se requiere propuesta cuando el adoptando es hijo del consorte del adoptante» y ente caso, el solicitante de la adopción era pareja de hecho de la madre de la adoptando. Alega el Tribunal, que *esta norma debe ser interpretada conforme a los principios emanados de los artículos 14 y 24 de la Constitución y que además, el art. 176 no exigía que al adoptando fue hijo del «cónyuge» del adoptante, sino simplemente del «consorte», no dejando de ser significativa dicha terminología legal que, aun no muy precisa, implica evidentemente un contenido más amplio que el de la unión nupcial, en cuanto en el resto del articulado de nuestro Código Civil, al referirse a los integrantes de un matrimonio, siempre se emplea la expresión cónyuges o contrayentes, por ello y sin perjuicio de que la referida terminología abarque indudablemente situaciones de convivencia matrimonial, 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.*⁴⁸

⁴⁷ Según la Disposición adicional primera de la Ley 26/2015 : *Se utilizará en los textos legales la expresión «Entidad Pública» referida a la Entidad Pública de protección de menores competente territorialmente.*

⁴⁸ SAP 12 de mayo de 2006 [JUR 2006\192527]

En caso de que la propuesta de adopción formulada por la Entidad Pública sea necesaria, se expresarán, entre otras, las condiciones personales, familiares, sociales y medios de vida del adoptante y sus relaciones con el adoptando.

Delante del juez, el adoptante o los adoptantes, y el adoptando mayor de doce años, deberán presentar consentimiento. Respecto de las personas que deben prestar asentimiento son el cónyuge del adoptante y los padres del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación. Lo que se entiende por asentimiento, aparece recogido, entre otros, en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, el 5 de marzo de 1991 diciendo que *“es factible proporcionar al asentimiento un valor distinto del consentimiento (...) el asentimiento no es más que una declaración de voluntad realizada por una persona en demostración de su conformidad o disconformidad con un acto o negocio jurídico ajeno en cuanto no interviene en él, razón por la cual dicho asentimiento sólo tiene la eficacia que le atribuye la Ley en cada caso concreto*

Este asentimiento se debe formalizar antes de la propuesta, ante la correspondiente entidad, bien en documento público, bien por comparecencia ante el Juez. Hay que tener en cuenta que si desde que se presenta la propuesta o la solicitud de adopción han transcurrido más de seis meses desde que se prestó el asentimiento, este deberá ser renovado ante el juez.

Además, serán citadas las personas que deben ser oídas por el juez: los padres que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción, el tutor y, en su caso, el guardador o guardadores, el adoptando menor de doce años, si tuviere suficiente juicio y la entidad pública, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante, cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente por aquél.

El expediente concluye con un auto, que es susceptible de apelación.

III.2.d) Efectos entre adoptante y adoptando

Según el artículo 108 de nuestro CC *“la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.”*

Por tanto, los efectos son comunes tanto para los hijos matrimoniales o extramatrimoniales, además de los adoptivos. Pues bien, veamos los efectos:

El adoptado adquirirá los apellidos del adoptante, y tanto el padre como la madre, ostenten o no la patria potestad, velarán por los hijos menores de edad y tendrán la obligación de prestarles alimentos.

Además, obtendrá los mismos derechos sucesorios que el hijo por naturaleza. Así a modo de ejemplo, la STC de 27 de abril de 2010⁴⁹ resuelve un recurso de amparo, en donde dos hermanas aducen que la sentencia anterior les ha producido una discriminación que es contraria al principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la CE, en relación con el artículo 39.2 CE, por haberlas excluido en el llamamiento a la herencia de su abuelo paterno que sabía sido realizado en favor de los hijos legítimos. El TC concede el amparo al reconocer su derecho a la igualdad y a no ser discriminadas por razón de nacimiento después de que se les denegara una herencia porque eran hijas adoptadas y, por lo tanto, no legítimas, ya que el testamento recogía que los herederos debían ser hijos legítimos. Sigue diciendo el TC que *“la expresión hijos legítimos empleada por el testador no comprende a los hijos adoptados, no se deduce de manera inequívoca de la formulación literal*

⁴⁹ STC de 27 de abril de 2010 [BOE-A-2010-8481]

de la cláusula testamentaria, sino que es producto de la interpretación que de aquella expresión realiza el órgano judicial, de manera que la exclusión de las demandantes de amparo del llamamiento a la herencia no tiene su origen directo en el ejercicio de la libertad de testar sino en el de la jurisdicción.”

III.2.e) Conclusiones

1. En el caso, en ningún momento se nos dice que la adopción se lleve a cabo, solamente se especifica que el 13 de octubre de 2014 comienzan los trámites de adopción. Todo lo expuesto anteriormente se aplicará en el caso de que efectivamente se lleve a cabo. Actualmente la legislación aplicable es la Ley 26/2015, sin embargo, al ser iniciados los trámites de la adopción de Antonio en 2014, se le aplicará la legislación aplicable en ese momento. Por tanto, a la adopción de Antonio le aplicaremos la normativa referente a la LEC de 1881 (arts. 1829 a 1832), y los artículos del Código Civil (175 a 180 CC) en su redacción en vigor en el año 2014. Además, la Ley 17/2006 de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears, por haberse iniciado el expediente en Palma de Mallorca.
2. La adopción se constituye por resolución judicial, está regida por el superior interés del menor, se equipara a los hijos adoptados a los hijos por naturaleza, así como se extinguen los vínculos entre el adoptado con su familia biológica, salvo excepciones. Para que la adopción de Antonio hubiese podido ser válida, Felipe tendría que tener catorce años más que Antonio, no cumpliéndose este requisito, al llevarse una diferencia de solo trece años. Es un requisito indispensable, pues después de analizar la jurisprudencia en este tema, la conclusión a la que llegan nuestros tribunales es que del tenor literal del artículo 176 CC, se deduce que estamos ante la presencia de un requisito imperativo, y por tanto, condición sine qua non, para poder adoptar, dada la contundente expresión "en todo caso", que cierra la vía a la excepción. En cambio si el expediente de adopción se iniciara a partir del 18 de agosto de 2015, pues es cuando se modifica el art. 175 CC, entonces la adopción si que sería válida, pues con esta reforma se establece un cauce para que los adoptantes, aunque no se lleven el mínimo de diferencia de edad establecido, puedan realizar igual la adopción, entre otras cuando el adoptando sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal.
3. En cuanto al procedimiento a seguir aparece recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, más concretamente en los arts. 1829 a 1832. La adopción requiere de la propuesta previa de la Entidad Pública en la que se declare al adoptante o adoptantes idóneos para el ejercicio de la patria potestad, salvo alguna excepción (entre ellas ser hijo del consorte del adoptante). Posteriormente, será necesario que tanto el adoptante como el adoptando mayor de doce años presten su consentimiento ante el juez, mientras que el cónyuge del adoptante y los padres del adoptando que no se hallare emancipado, prestarán asentimiento que se formalizará antes de la propuesta, ante la correspondiente entidad, bien en documento público, bien por comparecencia ante el juez. Además, serán oídos por el juez los padres que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción, el tutor y, en su caso, el guardador o guardadores, el adoptando menor de doce años (si tuviere suficiente juicio) y la entidad pública, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante, cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente por aquél.

4. Los efectos que produce la adopción son los mismos que se derivan de la filiación por naturaleza, pues el adoptante adquirirá los apellidos del adoptante, obtendrá los mismos derechos sucesorios que el hijo por naturaleza. Además, los padres adoptivos tendrán la obligación de prestarle alimentos.

III.3. Solicitud de divorcio y pensión de alimentos

III.3.a) ¿Qué es el divorcio y quiénes pueden pedirlo?

Con 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 divorcio⁵⁰, se introdujo en nuestro Código al divorcio como una forma de disolución matrimonial. En nuestro código no existe una definición de él, pero siguiendo a BERCOVITZ se puede definir como “*una institución legal que permite la disolución de matrimonio en vida de ambos cónyuges*”.⁵¹ Por tanto, la diferencia entre una separación y el divorcio es que el divorcio extingue el vínculo matrimonial, por lo que los ex cónyuges podrán contraer un matrimonio con otra persona distinta. Este derecho tiene un amparo constitucional en el artículo 10 de nuestra Carta Magna, como una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

A diferencia de la separación, pues existe la separación legal como la de hecho, el divorcio solo se puede dar por sentencia que lo declare, impidiendo, por tanto, el divorcio de hecho. Se puede deducir, analizando el artículo 89 del CC, que la sentencia de divorcio es una sentencia constitutiva, que produce efecto *ex nunc ex nunc* desde su firmeza, por tanto afectará a las partes y a los terceros que la conozcan. Sin embargo, no será oponible a terceros de buena fe hasta su inscripción en el Registro Civil.⁵²

Respecto, a la legitimación para ejercer la acción de divorcio, la tienen ambos cónyuges, ya sea de forma conjunta o por separado. Es una acción personalísima, pero en el caso de que uno de los cónyuges esté incapacitado, su representante legal puede ejercitarla.

La acción de divorcio puede extinguirse tanto por muerte como por reconciliación de los cónyuges. Así la reconciliación puede tener lugar antes de interponer la demanda de divorcio, siendo expresa, tácita o derivada de hechos concluyentes. Después de interpuesta la demanda, la reconciliación debe ser tácita y por tanto se debe poner en conocimiento del Juez o Letrado de la Administración de Justicia que conozca la demanda de divorcio. En caso de que la reconciliación se produzca desde que la sentencia es firme, esta carecerá de efecto.

III.3.b) Efectos de la sentencia de divorcio

La sentencia de divorcio produce dos efectos diferentes desde que la sentencia o decreto es firme o desde que se otorga escritura pública de divorcio por parte del notario. Solo desde este momento afectará a las partes como a los terceros que lo conozcan. Por tanto, los efectos del divorcio son *ex nunc*. Como ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Noviembre de 2011⁵³, el demandante pide la disolución del matrimonio por divorcio y que se modificaran las medidas

⁵⁰ BOE de 20 de Julio de 1981

⁵¹BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R.: *op. cit.*, p. 96

⁵² Cfr. ECHEVARRÍA DE RADA T.: *op. cit.*, p. 45

⁵³ STS de 23 de Noviembre de 2011 [ECLI: ES:TS:2011:7666]

acordadas en la separación, en el sentido de atribuir el uso de la vivienda familiar al recurrente, pues su esposa no la utilizaba, así como extinguir la pensión compensatoria que el recurrente tiene el deber de entregar a la demandada. El tribunal en esta sentencia resuelve si la sentencia de divorcio debe siempre aceptar las medidas tomadas en la separación, o bien pueden producirse efectos distintos cuando las circunstancias han cambiado y sean inútiles las anteriores medidas. El tribunal explica que *el divorcio es una situación nueva que puede dar lugar a unos efectos distintos a la separación, derivados de su propia naturaleza extintiva del matrimonio, tal como establece el art. 86 CC . El divorcio es distinto de la separación y por ello pueden replantearse todas las medidas tomadas en la primera, entre ellas, la de la pensión compensatoria. La ley ha previsto un procedimiento de modificación de medidas para los casos en que la situación de base que ha solucionado la crisis matrimonial no haya cambiado; por ello, con mayor razón, puede plantearse una modificación en el procedimiento de divorcio, puesto que se trata de una nueva situación que exigirá nuevas soluciones. En conclusión, el divorcio constituye una nueva y distinta solución que será definitiva desde el momento de la firmeza de la sentencia, que en este aspecto, es constitutiva y por ello, todos sus efectos se van a producir desde la firmeza de la sentencia de divorcio.*

Veamos cuales son los efectos del divorcio :

-Directos: se disuelve el matrimonio y el régimen económico matrimonial.

-Indirectos: las partes podrán celebrar un nuevo matrimonio, desaparece la presunción de paternidad matrimonial, posibilidad de privación de la patria potestad y posibilidad de revocar donaciones realizadas por razón del matrimonio.⁵⁴

III.3.c) Evolución y clases de divorcio

Hasta la muerte de Franco, era absolutamente imposible que se creara alguna ley que regulase una ruptura conyugal o más aun el divorcio. Sin embargo, tras la muerte del dictador, y a la espera de las elecciones de junio de 1977, tanto los socialistas como los comunistas incluían en sus programas políticos la aprobación de una ley que regulase la ruptura conyugal. Estos programas encontrarían con el respaldo por parte de nuestra Carta Magna, estableciéndose en su artículo 32 que *“la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos»*. La opinión mayoritaria era favorable a esta regulación, aunque sobre como hacer esta regulación surgían discrepancias. Sin embargo, habrá que esperar hasta el año 1981 para que tengamos una ley que regulase el divorcio.⁵⁵ Con esta ley, anteriormente, solo una persona podía separarse de su cónyuge si había un causa legalmente prevista, que aparecían en el artículo 86 del CC y que era una lista tasada. Tenían que basarse en causas de carácter objetivo, tales como obtener una sentencia firme por querer atentar contra la vida del cónyuge, cese efectivo de la convivencia etc... Por último, había que pasar una fase previa al divorcio que era la separación, pues solo en muy pocos casos se permitía optar al divorcio sin pasar por la fase previa.⁵⁶

Con la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio⁵⁷, obtenemos una radical transformación

⁵⁴ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R.: *op. cit.*, p. 99

⁵⁵ Cfr. MARTÍN DE SANTA OLALLA SALUDES P.: *La ley del divorcio de junio de 1981 en perspectiva histórica*, en Revista Uned, núm. 14, Madrid, 2001, p. 14

⁵⁶ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R.: *op. cit.* p.100

⁵⁷ BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005

al régimen anterior. A partir de ella, no hay causas de divorcio, es decir no hay que alegar ninguna causa para querer divorciarse y ya no hay la fase previa a la separación, pudiendo cualquier persona optar directamente al divorcio. Tal y como recogía la Exposición de Motivos de esta ley: *“la libertad reconocida en nuestra CE como valor superior, tiene su más adecuado reflejo en el matrimonio”*. Con este propósito, se pretendía que *“el respeto al libre desarrollo de la personalidad recogido en el art. 10.1 CE reconozca mayor transcendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge.”* Con esta ley, basta con que uno de los dos o cónyuges o ambos deseen poner fin al matrimonio para poder solicitar el divorcio, sin necesidad de ningún requisito previo.

Con la LJV, se reforman los artículos 87 y 89 del Código Civil, pues en determinados casos cabe el divorcio ante el Letrado de la Administración de justicia y el notario. Antes de esta Ley, el divorcio solo podía ser decretado por los jueces. Los casos en los que cabe, que el divorcio sea acordado tanto por lo que era antes el Secretario Judicial y el notario, son los mismos que para la separación matrimonial, esto es siempre que sea de mutuo acuerdo y no existan hijos menores no emancipados o incapacitados que dependan de sus padres, y además siempre que concurren los requisitos del artículo 82 CC.

La separación puede ser de mutuo acuerdo o contencioso. Así hablamos de divorcio de mutuo acuerdo cuando lo solicitan los dos cónyuges, o lo solicita solo uno pero hay consentimiento por parte del otro. Tienen que haber pasado tres meses desde la celebración del matrimonio y tienen que presentar junto a la demanda de divorcio, una propuesta de convenio regulador que cumpla la forma del artículo 90 CC. En cambio, si lo solicita solo un cónyuge, o incluso pidiéndolo los dos, pero sin haber acuerdo sobre el convenio regulador entonces se dice que es un divorcio contencioso. Se exige el requisito de 3 meses de convivencia, salvo que el cónyuge que solicita el divorcio (como es el caso de Leticia) haya un riesgo para su vida, integridad física, libertad, integridad moral o libertad o indemnidad sexual del cónyuge demandante, de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. Además, debe imponer demanda de divorcio acompañada de las medidas que deban regular los efectos del matrimonio.

Ambos tipos de divorcio tienen procedimientos de tramitación diferentes que se rigen por los artículos 770 y 777 LEC.⁵⁸

III.3.e) Pensión de alimentos

La pensión de alimentos es aquella relación jurídica por la cual una persona se encuentra obligada a prestar a otra lo necesario para su subsistencia⁵⁹. En boca del Tribunal Supremo se define la pensión de alimentos como *“un deber impuesto a una o varias personas de asegurar la subsistencia de otra u otras, y supone la conjunción de dos partes, una acreedora, que tiene derecho a exigir y recibir alimentos, y la otra, deudora, que tiene el deber moral y legal de prestarlos, con la particularidad de que el primero ha de reunir, hipotéticamente, la condición de necesitado y el segundo de poseer los medios y bienes aptos para atender la deuda”*.⁶⁰

En primer lugar, la obligación de alimentos que tienen los padres respecto de los hijos tiene su fundamento constitucional en el art. 39.3 CE que determina que *“los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de*

⁵⁸ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R.: *op. cit.*, p.99

⁵⁹ Cfr. HERRÁN ORTIZ, A.I.: *“De los alimentos entre parientes”*, Madrid, Dykinson, 2012, p. 243

⁶⁰ STS de 13 de Abril de 1991 [RJ\1991\2685]

edad y en los demás casos en los que legalmente proceda". A diferencia de lo que ocurre con el derecho de alimentos entre parientes del CC, el derecho de alimentos que tienen los hijos se considera de naturaleza constitucional y no de naturaleza legal. En el Código civil, esta obligación encuentra su fundamento en el artículo 154 CC, que establece que los padres deben velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral así como representarles y administrar sus bienes. Este deber de alimentar a los hijos persiste, incluso aunque hayan sido privados de la patria potestad, pues la razón de la pensión de alimentos radica en la filiación y no en la patria potestad, pues como establece el art. 110 CC *"el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos"*. Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 9 de noviembre de 2001⁶¹ afirma en su fundamento jurídico tercero que *"uno de los deberes fundamentales de la patria potestad es el de alimentar a los hijos, que persiste más allá incluso de la subsistencia de la patria potestad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 del Código Civil"*. Cuando se habla de pensión de alimentos se está haciendo alusión no solo al sustento, sino también a la habitación, vestido, educación, sanidad etc...⁶²

Hay que diferenciar entre la obligación de alimentos de los padres respecto a los hijos mayores de edad, de la que deben satisfacer a los hijos menores. Aunque en este caso, Lucía es menor y por tanto, no analizaremos tan profundamente la obligación en el caso de hijos de mayores de edad.

En relación a esta, cabe decir que cuando los hijos llegan a la mayoría de edad, se extingue la patria potestad, por lo que no podríamos enmarcar el derecho de alimentos de los hijos mayores de edad en los deberes inherentes a la patria potestad. De los alimentos a favor de los hijos mayores de edad se encargan los arts. 142 y siguientes del CC (obligaciones entre parientes) y el art. 93.2 del CC. Este último artículo permite que el juez pueda fijar en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial una prestación de alimentos a favor de los hijos mayores de edad, pues si no fuese así el legitimado debería reclamar en otro proceso los alimentos a los que tuviera derecho por la vía de los arts. 142 y ss. del CC. Este artículo nos remite a los arts. 142 y siguientes a la hora de determinar la cuantía de la prestación de alimentos.

Para que los hijos mayores de edad gocen de la prestación de alimentos deben cumplirse una serie de requisitos que se deducen de los arts. 148, 152.2 y 152.5 del CC. En virtud de estos artículos para que sea posible la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad es necesario que el progenitor obligado al pago tenga capacidad económica, que el hijo mayor de edad esté en una situación de necesidad, y además, que esta situación de necesidad no le sea imputable, es decir, que no derive de la mala conducta o falta de aplicación al trabajo por parte del hijo.

Respecto a los hijos menores de edad, Lucía tendría derecho a ella, sin embargo Antonio no, por considerar que la adopción no es válida (a sensu contrario, si la adopción fuera válida Antonio tendría derecho a la pensión). Los hijos menores de edad tienen preferencia en relación con los demás parientes que también tengan derecho a los mismos, así se deduce del artículo 145.3 CC, cuando establece que *"cuando dos o más alimentistas reclamaren a la vez alimentos de una misma persona obligada legalmente a darlos, y ésta no tuviere fortuna bastante para atender a todos, se guardará el orden establecido en el artículo anterior; a no ser que los alimentistas concurrentes fuesen el cónyuge y un hijo sujeto a la patria potestad, en cuyo caso éste será preferido a aquél"*.

⁶¹ SAP de 9 de noviembre de 2001 [JUR 2001/61179]

⁶² Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R.: *op. cit.*, p. 100

Si existe convenio regulador, el artículo 90 del CC apartado d), nos dice que este convenio deberá contener *“la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso”*. Cuando no existe convenio regulador, el artículo 93 CC dice que *“el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y 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.”*

El Real Decreto 16/2007, de 7 de diciembre, sobre Organización y Funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos⁶³ tiene su origen en los incumplimientos del pago de alimentos establecidos a favor de los hijos menores de edad en los supuestos de divorcio, separación, declaración de nulidad del matrimonio, o en procesos de filiación o de alimentos y sirve para garantizar a los hijos menores de edad el pago de alimentos reconocidos y no pagados, mediante el abono de una cantidad que tendrá la condición de anticipo. Estos incumplimientos se producen normalmente por la deliberada negativa del obligado al pago a satisfacerlo o por la imposibilidad de hacerlos efectivos.⁶⁴

Se exige por el CC que en la sentencia se indique en que medida han de contribuir los progenitores a los alimentos de sus hijos. La cuantía deberá ser proporcional al caudal y medios de quien tenga que darlos y en función de las necesidades del hijo que los recibe. Esta pensión cubrirá los gastos ordinarios del hijo, si bien es cierto que pueden surgir gastos extraordinarios y que deberán ser cubiertos por ambos progenitores, en función de sus ingresos y posibilidades. Así lo establece la STS de 16 de febrero de 2015, cuando expresa que *“los gastos extraordinarios se abonarán al 50% por ambos progenitores, entendiéndose por tales, los que tengan carácter excepcional, imprevisibles y estrictamente necesarios, debiendo siempre ser consensuados de forma expresa y escrita antes de realizarse el desembolso. En caso de discrepancias, el gasto extraordinario deberá ser autorizado por el Juzgado, conforme al art. 156 del Código Civil, salvo razones objetivas de urgencia. Se entiende por gastos extraordinarios de educación las clases de apoyo escolar motivadas por un deficiente rendimiento académico y por gastos extraordinarios médicos los odontológicos y tratamientos bucodentales (incluida la ortodoncia); logopeda; psicólogo; prótesis; fisioterapia o rehabilitación (incluida la natación) con prescripción facultativa; óptica; gastos de farmacia, no básicos y con prescripción médica, y en general los no cubiertos por la sanidad pública o por el seguro médico privado que pudieran tener las partes.”*⁶⁵

La obligación de alimentos puede cumplirse mediante el pago de una pensión o manteniendo al acreedor alimentario en casa del deudor alimentario, aunque esta opción no es siempre posible. En el caso de que el alimento se preste mediante el pago de una pensión, el pago será mensual y carácter anticipado, aunque se pueden pactar plazos distintos (por ejemplo, quincenal, trimestral...)⁶⁶.

⁶³ BOE núm. 299 de 14 de Diciembre de 2007

⁶⁴ Cfr. ECHEVARRÍA DE RADA T.: *Cuestiones actuales de derecho de familia*, Wolters Kluwer, Madrid, 2013, p.74

⁶⁵ STS 16 febrero de 2015 [Roj: 615/2015]

⁶⁶ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R.: *op. cit*, p.116

III.3.f) Conclusiones

-Conclusiones sobre el divorcio

1. El divorcio intenta darle solución a problemas que surgieron durante la convivencia de los cónyuges que han hecho imposible que esta continúe. Con la Ley 30/1981, de 7 de julio, se introdujo en nuestro Código al divorcio como una forma de disolución matrimonial, que hace que se extinga el vínculo matrimonial y permite que las personas divorciadas puedan contraer un nuevo matrimonio. La acción de divorcio es una acción personalísima y por ello, solo pueden ejercitarla ambos cónyuges, ya sea de forma conjunta o separada. Esta provoca dos tipos de efectos, unos de carácter directo (se disuelve el matrimonio y el régimen económico del matrimonio) y otros de carácter indirecto (permite que las partes celebren un nuevo matrimonio, desaparece la presunción de paternidad matrimonial...)
2. El divorcio ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, pues en la etapa franquista era inconcebible alguna ley que regulase la ruptura matrimonial. Sin embargo, una vez abierta la etapa democrática nos encontramos, en el año 1981, con la primera ley que regula el divorcio. Era una ley que solo permitía el divorcio si había un causa legalmente prevista, que aparecían en el artículo 86 del CC y que era una lista tasada. Además, se exigía una fase previa al divorcio que era la separación. Con la llegada de la Ley 15/2005 obtenemos una radical transformación del régimen anterior, pues no hay que alegar ninguna causa para querer divorciarse y ya no hay la fase previa a la separación, pudiendo cualquier persona optar directamente al divorcio. A partir de la LJV, los cónyuges podrán acordar su divorcio (siempre que sea de mutuo acuerdo y no existan hijos menores no emancipados o incapacitados, y además concurren los requisitos del art. 82 CC) mediante la formulación de un convenio regulador ante el Letrado de la Administración de Justicia y el Notario. Antes de esta Ley, el divorcio solo podía ser decretado por los jueces.
3. Existen dos tipos de divorcio, pues cabe tanto el de mutuo acuerdo (cuando es solicitado por ambos cónyuges o por solo uno con el consentimiento del otro) y también el contencioso (cuando lo pide solo uno o lo piden los dos, pero con discrepancia en el convenio regulador). Se exige para poder divorciarse que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, salvo en el caso de riesgo, entre otros, para integridad física o moral del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

-Conclusiones sobre pensión de alimentos:

1. La pensión de alimentos favor de los hijos menores de edad es un deber, que en este caso, Felipe tiene respecto a su hija Lucía, y en el caso de que la adopción fuese válida respecto a Antonio, para garantizar su subsistencia. Se puede decir que tiene una naturaleza constitucional, al determinarse en el art. 39.3 de nuestra Carta Magna, a diferencia de la naturaleza legal de la prestación de alimentos entre parientes del CC. En el Código Civil encuentra su fundamento en el artículo 154 CC cuando establece que los padres deben velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral así como representarles y administrar sus bienes, estableciéndose en el código que este deber de alimentos persiste incluso en caso de privación de la patria potestad.
2. La pensión de alimentos en el caso de hijos mayores de edad requiere que el progenitor obligado al pago tenga capacidad económica, que el hijo mayor de edad esté en una situación de

necesidad, y además que esta situación de necesidad no le sea imputable, es decir, que no derive de la mala conducta o falta de aplicación al trabajo por parte del hijo.

3. En caso de que el obligado al pago no los satisfaga, bien porque se niega deliberadamente o porque no tiene medios económicos suficientes, existe el Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, que anticipará los alimentos reconocidos y no pagados.
4. En la sentencia de nulidad, separación o divorcio se indicará la medida en que los progenitores han de contribuir en la prestación de alimentos. Esta cuantía será proporcional a los medios de quien deba satisfacerlos y en función de las necesidades de los hijos. Cubrirá tanto los gastos ordinarios y en su caso, los extraordinarios, si bien estos últimos deben satisfacerlos ambos progenitores, en función de sus ingresos.

III.4. Atribución de uso de la vivienda

III.4.a) Definición y origen de la atribución del uso de la vivienda familiar

Por vivienda familiar se entiende, siguiendo a la STS de 10 de marzo de 1998⁶⁷ *“aquella en la que los cónyuges cumplen su deber de convivencia y de atención a los descendientes, y comparten las responsabilidades domésticas”*. Algunos autores solo atribuyen el calificativo “familiar” a la vivienda si existen hijos, de manera que si estos no existen, la vivienda será conyugal, pero no familiar. Sin embargo, otros autores más acertadamente especifican que matrimonio da lugar a una familia, que se verá incrementada en el caso de que existan hijos, por lo que hasta ese momento la vivienda también será familiar.⁶⁸ Por ello, la vivienda familiar ha de entenderse como vivienda conyugal, existan o no hijos. Hay que advertir que la vivienda que podrá ser objeto de atribución será la vivienda familiar en el momento de la ruptura, y no otra que lo hubiese sido en un momento anterior, ni la que todavía no llegase a serlo por no haberse instalado los cónyuges. Establecida su definición, nuestro Código Civil se preocupa tanto de la atribución del uso de la vivienda habitual durante el matrimonio, recogiendo así los artículos 1320 y 1322 del CC y también en el caso de separación y divorcio, que son los que ahora vamos a analizar, al ser nuestro objeto de estudio.

El origen de la atribución del uso de la vivienda familiar puede estar en un acuerdo de los cónyuges contenido en el convenio regulador, o a falta de este, en la resolución judicial dictada en el procedimiento matrimonial. En efecto, si existe convenio regulador, el artículo 90 CC nos dice que los cónyuges habrán de fijar la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar. Este convenio se someterá al control del juez, Notario o del Letrado de la Administración de Justicia⁶⁹ para que confirmen que se respetan los intereses superiores de los hijos menores de edad y de igualdad entre los cónyuges. Por el contrario, si no existe convenio regulador, será entonces el juez quién determine a quien se le atribuye el uso de la vivienda familiar, en atención a los criterios que el artículo 96 CC recoge, estableciendo que *“si no hay acuerdo de 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.”* El término compañía ha generado mucha jurisprudencia, pues no se sabe si esta norma afecta solo a los menores de edad bajo la custodia de uno de sus padres o si

⁶⁷ STS de 10 de marzo de 1998 [RJ 1998\1272]

⁶⁸ MARTÍN MELÉNDEZ M^o.T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Aranzadi, Navarra, 2005, p.49

⁶⁹ En el caso del Notario y el Letrado de la Administración de Justicia se puede someter a control de estos sólo cuando los cónyuges deciden separarse o divorciarse de mutuo acuerdo y no concurren hijos menores. Esto ha sido posible gracias a la modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria.

por el contrario, ha de entenderse a los que se haya bajo la guardia o solamente se ven obligados a permanecer en el hogar familiar por carecer de recursos económicos. Por ello, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo del 1 de septiembre de 2004 afirma que *“el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario corresponde al cónyuge y al hijo en cuya compañía quede. No discrimina el legislador entre hijos mayores o menores de edad, pues la separación no exime a los padres de los deberes y obligaciones frente a sus hijos”*.⁷⁰

III.4.b) Breve referencia a la atribución del uso de la vivienda familiar en las parejas de hecho

Aquí habrá que preguntarse si pueden considerarse familia o no a las agrupaciones derivadas de las parejas de hecho, pues solo entonces la vivienda en la que convivan podrá considerarse familiar. Tendremos que mirar si a la pareja de hecho se le pueden aplicar la normas de la vivienda, que son dictadas al regular el matrimonio, y más concretamente, si resulta aplicable el art. 96 CC, puesto que ninguna de las CCAA en sus respectivas leyes sobre las parejas de hecho, han hecho referencia a la atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de hecho, dándose determinadas circunstancias.⁷¹ Nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto en determinadas sentencias, no teniendo todas una justificación idéntica. Así, en ocasiones justifica la atribución del uso de la vivienda familiar recurriendo a la aplicación analógica del art. 96 CC⁷², ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo 1085/1996, de 16 de diciembre de 1996⁷³, en la que se dice que *“en el caso, la cuestión planteada tiene otro carácter y ofrece otros matices: la vivienda familiar es el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos. De aquí, que las normas que sobre el uso de la vivienda familiar, contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y sus crisis, entre ellas, la ruptura del vínculo, se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja ya que las razones que abonan y justifican aquéllas valen también en este último caso. Así el artículo 96 del Código Civil párrafo tercero, permite integrado con el artículo 4.º.1 una solución como la adoptada por ambas sentencias de instancia. Otras veces, como el la STS 212/1998, de 10 marzo de 1998⁷⁴ se atribuye el uso de la vivienda al no titular de ella basándose en el principio de protección de conviviente perjudicado por la situación de hecho, negándose en esta sentencia la analogía. Concretamente esa sentencia expresa que la atribución del uso de la vivienda en el caso de las parejas de hecho *“se trata de una situación que es de trascendencia jurídica, derivada de una situación de hecho no regulada por ley. Ni, desde luego, por costumbre. Con lo que es preciso acudir a los principios generales del derecho(...)*. En la Sentencia de 20 octubre 1994 dice que las uniones de hecho pueden en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación y la de 16 diciembre 1996, tras afirmar la exclusión de las normas del matrimonio a las uniones de hecho, añade: *“no obstante, esta exclusión no significa, como ocurre con todo fenómeno social, que el Derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas situaciones entre la pareja e incluso con terceros a la pareja. Y el principio general ha sido ya apuntado y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la**

⁷⁰ SAP 1 de septiembre de 2004 [JUR 2004N, 278588]

⁷¹ A excepción de Cataluña, Aragón, País Vasco y Andalucía, que regulan la atribución del uso de la vivienda para el caso de extinción por causa de muerte de uno de los convenientes y durante el plazo de un año.

⁷² MARTÍN MELÉNDEZ M^o.T.: *op. cit.*, p. 34

⁷³ STS de 16 de diciembre de 1996 [RJ 1996\9020]

⁷⁴ STS de 10 de marzo de 1998 [RJ 1998\1272]

situación de hecho; principio que deriva de normas constitucionales (artículo 10, principio de dignidad de la persona, artículo 14, principio de igualdad, artículo 39, principio de protección a la familia), de normas de Derecho privado, como el Código Civil (el propio artículo 96) y la Ley 29/1994, de 24 noviembre, de Arrendamientos Urbanos (cuyo artículo 16.1, b), entre otros, reconoce expresamente la protección al conviviente), de las sentencias del Tribunal Constitucional y de las mismas sentencias de esta Sala, en las que prácticamente todas ellas reconocen derechos al conviviente perjudicado.”

En el caso de que existan hijos menores de edad, derivados de la pareja de hecho, acudiremos al principio del superior interés de los hijos menores, que luego explicaremos. Así la Sentencia del Tribunal Supremo 11 de Julio de 2002⁷⁵, en la que se atribuye el uso de la vivienda familiar que pertenecía al hombre de la pareja de hecho, a la mujer de esta relación y a su hija, puesto que esta carecía de medios económicos propios y la hija de ambos convivía con ella, debiendo prevalecer en estos casos el principio de *bonum filii*.⁷⁶ Cabe concluir, que cuando existen hijos comunes de la pareja de hecho, la protección del interés superior de estos y el principio de igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, llevan a la atribución del uso de la vivienda familiar al conveniente en cuya compañía queden los hijos, y no existiendo hijos las soluciones son diferentes, pues ya vimos que el propio Tribunal Supremo argumenta de distintas formas, por lo que habrá que atender al caso concreto, pero justificándose normalmente por la atribución al no titular por el principio de protección al conveniente perjudicado.⁷⁷

III.4.c) Hijos menores y mayores de edad

En el caso de que existan hijos menores de edad, el legislador tendrá en cuenta a la hora de determinar a quien corresponde la atribución del uso de la vivienda familiar, el interés de los menores, pues se considera que es el más necesitado de protección. Por ello, y como establece el art. 96 CC, la vivienda será atribuida al cónyuge en cuya compañía queden estos. Si los hijos son encomendados al cónyuge que es titular de la vivienda familiar, no se nos planteará ningún problema, en cambio si la vivienda recae sobre el cónyuge no titular, necesitaremos de una justificación para privar al cónyuge titular. Pues bien, el fundamento que hace que se prive al cónyuge titular reside en el cumplimiento de las obligaciones o deberes que le corresponden a sus hijos, pues como establece el art. 92 CC, la separación, nulidad o divorcio, no exime de los deberes derivados de la patria potestad y la relación paterno-filial. Por ello han de cumplir con la obligación de facilitarles habitación, así como permitirle el desarrollo de su vida en una vivienda determinada, es decir, la que hasta entonces fue su vivienda familiar. Hay que matizar que de acuerdo con el principio de protección de igualdad de los hijos, ha de darse la misma importancia a los intereses de los hijos comunes como a los de los no comunes y propios del titular de la vivienda.⁷⁸

En el caso de que no existan hijos menores de edad, el art. 96.3 CC permite la posibilidad de atribuir el uso de la vivienda al cónyuge no titular, siempre que sea el cónyuge mas necesitado de protección. Como punto de partida, tendremos que diferenciar si existen hijos mayores de edad que convivían en la vivienda familiar y dependían económicamente de sus padres. De modo que, si no los hay, la razón por la que se puede privar al titular de la vivienda a favor del cónyuge no titular es el principio de buena fe, pues en base a este el cónyuge titular de la vivienda ha de soportar el uso

⁷⁵ STS de 11 de julio de 2002 [RJ 2002\7144]

⁷⁶ MARTÍN MELÉNDEZ M^o.T.: *op. cit.*, p. 36.

⁷⁷ MARTÍN MELÉNDEZ M^o.T.: *op. cit.*, p. 37.

⁷⁸ MARTÍN MELÉNDEZ M^o.T.: *op. cit.*, p.84

por parte del otro cónyuge cuando este ostente el interés mas necesitado de protección y las condiciones lo hagan aconsejable. Esto es así, porque la situación en la que se encuentra el cónyuge beneficiario es fruto de un matrimonio en el que ambos presentaron su consentimiento y porque también el carácter familiar de la vivienda, y por consiguiente su afección al cónyuge mas necesitado de protección, deriva también del consentimiento de ambos. Ahora bien, este deber de colaboración no es eterno, sino que durará el tiempo necesario para que el cónyuge no titular pueda hacer frente a su nueva situación y localizar otra vivienda adecuada a sus necesidades.

III.4.d) El interés superior de los hijos menores

Para la atribución judicial del uso de la vivienda familiar, hay que tener en cuenta que, cuando existen hijos menores de edad, hay que velar por el superior interés y beneficio del menor. Por ello, el interés superior de los hijos menores, también llamado *favor filii o favor minoris*, debe ser el punto de referencia a partir del que giren las medidas judiciales a adoptar tras la ruptura conyugal, sea de mutuo acuerdo sea a petición de uno de los progenitores.⁷⁹ En la SAP de Islas Baleares 807/1998 de 25 septiembre de 1998⁸⁰, el tribunal expresa que el criterio para la adjudicación del uso del domicilio familiar es el del *favor filii*. En la sentencia se atribuye el uso de la vivienda familiar a la esposa y a la hija del recurrente, pues consta que el demandante es dueño de otras dos viviendas, por lo que el tribunal considera que adecuada la atribución del uso de la vivienda a la esposa y su hija menor, por no disponer de ninguna otra vivienda, y ello aunque la vivienda que constituye el domicilio familiar sea de titularidad exclusiva del apelante.

Sin embargo, cabe preguntarnos si el uso de la vivienda familiar supone una presunción *iuris et de iure* de que se satisface el interés del menor, o si por el contrario, se trata de una presunción *iuris tantum*.

Así, si interpretamos que el artículo 96 del CC es una norma que contiene una presunción *iuris et de iure*, se haría una interpretación literal y el uso de la vivienda se atribuiría de manera automática para el hijo menor de edad. De hecho, numerosa jurisprudencia afirma que el párrafo primero del artículo 96 CC debe ser aplicado de manera imperativa y obligatoria pues es necesaria esta aplicación para el interés superior de los hijos menores y que presupone que, el progenitor que tiene la custodia, se beneficie también de tal uso.⁸¹ En definitiva, esta interpretación supone que la citada norma de nuestro Código Civil reviste un carácter imperativo que no permite su modulación, ni autoriza que la vivienda quede en posesión del progenitor que carece de la guarda y custodia. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria se decantan más por una interpretación ya no literal, sino por aquella que atienda a la finalidad de la norma en sí y por tanto, en la inmensa mayoría de los casos y salvo prueba en contrario, la continuidad de los hijos menores de edad en la vivienda familiar satisface el superior interés del menor. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia, también afirman que ello no significa que deban ponderarse en cada caso los intereses enfrentados de los hijos y del progenitor al que se le priva del uso de la vivienda para ver cual de estos está necesitado de más protección, pues la norma legal no impone este deber como sí

⁷⁹ Así la STS de 14 de abril de 2011 expresa que «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC. El art. 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio

⁸⁰ SAP de 25 septiembre de 1998 [AC 1998\7449]

⁸¹ *Íbid.* SAP Málaga de 1 de septiembre de 2005

ocurre cuando el conflicto se produce entre cónyuges sin descendencia (art. 96.3 CC), sino que, partiéndose de una presunción, cabe la posibilidad romperla en determinados casos, pero quedando siempre salvaguardado y satisfaciendo el bienestar e interés del menor, que siempre será superior.⁸² Cabe destacar que en el IV Encuentro de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Letrados de la Administración de Justicia con abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia, se presentó una propuesta de interpretación del art 96.1 CC, para aplicarla mientras éste no sea reformado, según la cual *“se ha de interpretar este precepto de forma que la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar sea un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos. En todo caso, en los supuestos en los que proceda asignar el uso exclusivo de la vivienda familiar, esta asignación debe hacerse siempre con carácter temporal”*.⁸³

En este caso, al concurrir una hija menor de edad y habiendo rechazado mayoritariamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia, una interpretación literal del artículo 96 CC, debemos analizar también los ingresos y la situación económica de cada cónyuge para atribuir el uso de la vivienda, pues aun habiendo hijos menores, puede atribuirse el derecho de uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene la custodia, siempre y cuando que el que la ostenta tenga una situación económica mejor, ya sea por tener otro inmueble en propiedad o arrendamiento que sea apto para ser la vivienda familiar. Sin embargo, en el caso que nos ocupa Leticia no dispone de vivienda de su propiedad, tiene una actividad laboral inestable; siendo inexistente desde que comenzó su relación con Felipe y percibiendo solo una mera cantidad de dinero que obtiene por un pequeño blog de moda. En cambio, Felipe posee un importante cargo de directivo en la empresa de su padre, con una gran estabilidad económica, con una percepción de rentas de 5.000 euros mensuales y ostenta dos viviendas en propiedad, una situada en Mallorca y otra en Lugo.

III.4.e) Atribución del uso de la vivienda familiar en caso de violencia de género

El artículo 92.7 del CC establece que *“no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.”* En la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2016⁸⁴, en la que ese había acordado la guardia y custodia compartida, pero que posteriormente, debido a que el padre había sido condenado por sentencia por un delito de violencia de género a su cónyuge y madre del menor, se rompe esta custodia compartida, estableciéndose una monoparental en favor de la madre. En ella, el Tribunal explica que los hechos de violencia de género *“tienen una evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas, directa o indirectamente, y a quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno y acordado en la sentencia les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada. Es doctrina de esta Sala, que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no*

⁸² PINTO ANDRADE J.: *La atribución judicial de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad*, en Revista jurídica de Castilla y León, núm. 18, Castilla y León, 2015, p. 45

⁸³ Fue celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009.

⁸⁴ STS de 4 febrero de 2016 [RJ 2016\260]

perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”.

La Ley 27/2003 de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección⁸⁵, con la finalidad de conceder a la mujer víctima de violencia de género un paquete de medidas civiles y penales, introdujo un nuevo precepto en la LECrim, el artículo 544 ter, que en lo que a nosotros nos interesa, señala en su apartado 7º: *estas medidas civiles medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios*. Por tanto, se permite, siempre que así lo solicite la víctima o su representante legal, o bien por parte del Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores, que se adopten medidas provisionales en relación a la atribución del uso de la vivienda, régimen de custodia... recogidas en los artículos 102 y 103 de nuestro código, y siempre que no hubieran sido previamente adoptadas por un órgano del orden jurisdiccional civil. En este caso, estas medidas no las adoptaría ya el Juez de Primera Instancia, sino el Juzgado de Violencia sobre la mujer. Incluso, en este supuesto, si Leticia ni Felipe no tuviera hijos en común, el uso de la vivienda correspondería a esta por ser víctima de violencia de género, y por tanto la parte más necesitada de protección por su especial vulnerabilidad (art. 92.7 CC). Sin embargo, en este caso si que existen hijos menores de edad, y por tanto, si los cónyuges no llegan a un acuerdo aplicaríamos el artículo 96.1 CC y se les atribuiría a estos y a Leticia el uso de la vivienda.

Como conclusión, a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar cuando hay hijos menores, el criterio es igual existiendo o no violencia de género, puesto que el juez debe buscar el interés de los menores y el más necesitado de protección, interés que recae en los menores y en el cónyuge víctima de violencia de género.

Además, el matrimonio de Leticia y Felipe tiene lugar en Cataluña. Dicha Comunidad Autónoma, en virtud de su competencia legislativa en materia civil, ha legislado sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, por medio de la Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el Libro II del CC Catalán⁸⁶. Su regulación aparece en los artículos 223-20 a 25 y destaca porque en la atribución del uso de la vivienda ya no solo se tomará en cuenta el principio de beneficio del menor, sino también el principio del interés más necesitado de protección de cualquiera de los cónyuges, con independencia de quién ostente la guarda y custodia. A tenor de lo dispuesto en el artículo 223-20, los cónyuges pueden pactar a quién le corresponde el uso de la vivienda familiar o incluso acordar una distribución del uso de la vivienda por periodos determinados. No existiendo acuerdo, será la autoridad judicial quien decida a quien atribuir el uso de la vivienda familiar, que será como regla general al cónyuge que ostente la guarda de los hijos. Sin embargo, podrá atribuir el uso al cónyuge no guardador atendiendo siempre al interés del cónyuge más necesitado de protección.

Es importante destacar, que si la vivienda pertenece al cónyuge no beneficiario, se deberá tener en cuenta a la hora de fijar la cuantía de la pensión de alimentos, y en su caso la pensión compensatoria. La atribución del uso de la vivienda familiar se contempla como una forma de satisfacer la obligación de alimentos *in natura*, que hará disminuir tanto la pensión de alimentos de los hijos y la compensatoria (en caso de que la haya) de manera proporcional.

⁸⁵ BOE núm. 183 de 01 de Agosto de 2003

⁸⁶ DOGC núm. 5686 de 05 de Agosto de 2010 y BOE núm. 203 de 21 de Agosto de 2010

III.4.f) Conclusiones

1. El origen de la atribución del uso de la vivienda familiar puede estar en un acuerdo de los cónyuges contenido en el convenio regulador, en donde se establecerá a quien le corresponde el uso de la vivienda y ajuar familiar. No existiendo este, se fijará en la resolución judicial dictada en el procedimiento matrimonial, atendiendo a los criterios establecidos en el art. 96 CC.
2. Los criterios para determinar a quien corresponde la vivienda familiar pueden sintetizarse en estos: En primer lugar, en caso de que existan hijos menores de edad la vivienda será atribuida al cónyuge en cuya compañía queden estos. Si los hijos son encomendados al cónyuge que es titular de la vivienda familiar, no se nos planteará ningún problema, en cambio si la vivienda recae sobre el cónyuge no titular, necesitaremos de una justificación para privar al cónyuge titular. Este fundamento que hace que se prive al cónyuge titular reside en el principio del interés superior del menor. Sin embargo, cabe preguntarnos si el uso de la vivienda familiar supone una presunción *iuris et de iure* de que se satisface el interés del menor, o si por el contrario, se trata de una presunción *iuris tantum*. Pues bien, nuestra jurisprudencia y doctrina rechazan mayoritariamente una interpretación literal del artículo 96 CC, debiendo analizarse los ingresos y la situación económica de cada cónyuge, pues aun habiendo hijos menores, puede atribuirse el derecho de uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene la custodia, siempre y cuando que el que la ostenta tenga una situación económica mejor. Por ello, en el caso que nos ocupa, si los hijos quedan en compañía de Leticia, se le deberá atribuir a ella y a sus hijos, por no dispone de vivienda de su propiedad, por tener una actividad laboral inestable; siendo inexistente desde que comenzó su relación con Felipe y percibiendo solo una mera cantidad de dinero que obtiene por un pequeño blog de moda.
3. Respecto a la atribución en el caso de violencia de género, procederá la guarda monoparental, siempre que el otro cónyuge este incurso en un procedimiento penal por atentar contra la integridad física y moral del otro cónyuge o de sus hijos, entre otros. Esto es así, porque como dicen nuestros tribunales, un entorno de violencia tiene una evidente repercusión en los hijos, pues también son víctimas indirectas o directas. Así, el nuevo precepto de la LeCrim (art. 544 ter) permite, siempre que así lo solicite la víctima o su representante legal, o bien por parte del Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores, que se adopten medidas provisionales en relación a la atribución del uso de la vivienda, régimen de custodia...Estas medidas las adoptaría el Juzgado de Violencia sobre la mujer. Incluso, en este supuesto, si Leticia ni Felipe no tuviera hijos en común, el uso de la vivienda correspondería a esta por ser víctima de violencia de género, y por tanto la parte más necesitada de protección por su especial vulnerabilidad (art.92.7 CC).
4. Además, el matrimonio de Leticia y Felipe tiene lugar en Cataluña. Dicha Comunidad Autónoma, en virtud de su competencia legislativa en materia civil, ha legislado sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, por medio de la Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el Libro II del CC Catalán. En virtud de esta, no existiendo acuerdo, será la autoridad judicial quien decida a quien atribuir el uso de la vivienda familiar, que será como regla general al cónyuge que ostente la guarda de los hijos. Sin embargo, podrá atribuir del uso al cónyuge no guardador atendiendo siempre al interés del cónyuge más necesitado de protección.

IV. CUESTIONES DERECHO PENAL:

IV.1. Calificación de la actuaciones de Felipe

IV.1.a) Definición de violencia de género

La Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, de 28 de diciembre⁸⁷, ha permitido diferenciar los conceptos de violencia doméstica y violencia de género. Así, la violencia doméstica es aquella que se produce entre ascendientes, descendientes o hermanos, propios del cónyuge o conveniente, o sobre menores o incapaces que se hallen sujetos a patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conveniente o que con el convivan, sobre otra persona amparada por cualquier relación por la que se encuentren integrados en el núcleo de la convivencia familiar, siempre y cuando no se trate de hechos cometidos contra la mujer por su pareja o ex pareja varón.⁸⁸

La violencia de género, sin embargo, es un tipo de violencia que se da cuando hay una relación sentimental entre el agresor y la víctima. Respecto al sujeto activo, es decir, el agresor no puede ser cualquiera sino que ha de tener sexo masculino y debe existir una relación sentimental (análoga a la conyugal o la propiamente conyugal), previa o actual entre el agresor y la víctima. La víctima o sujeto pasivo tampoco puede ser cualquiera, sino que ha de tener sexo femenino, excluyendo por tanto la violencia de género en el caso de parejas homosexuales.

El bien jurídico protegido en los delitos de violencia de género, en el ámbito de la L.O. 1/2004, es tanto la dignidad de las mujeres en el ámbito de las relaciones de afectividad como la igualdad material o real de los miembros de la pareja.

La Ley Orgánica 1/2004 configura su ámbito de aplicación en atención a dos criterios diferentes:

-Objetivo: solo las infracciones penales entran dentro de la violencia de género y serán competencia de los Juzgados de Violencia Contra la Mujer .

-Subjetivo: es necesario que entre agresor y víctima haya existido una relación conyugal o una relación análoga a la conyugal, con o sin convivencia. En este caso el agresor y la víctima convivían juntos.

Por ello, el género es una categoría de análisis que permite entender que la diferente conducción sociocultural de identidades, pautas de comportamiento o los diferentes roles atribuidos, no guardan relación con los atributos biológicos sexuados, sino de las relaciones jerarquizadas donde la mujer está subordinada al varón. En este sentido, el género coincide con el sexo⁸⁹. Así la STC 59/2008, de 14 de mayo⁹⁰ dice en el apartado c) de su fundamento jurídico noveno: *“Como el término género que titula la Ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar no se trata de una discriminación por sexo. No es el sexo en si de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo*

⁸⁷ BOE núm. 313, de 29 de Diciembre de 2014

⁸⁸ Cfr. GÓMEZ VILLAR J.: *Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Paredós, Madrid, p. 29

⁸⁹ Cfr. GÓMEZ VILLAR J.: *op. cit.*, p. 30

⁹⁰ STC de 14 de mayo de 2008 [ECLI:ES:TC:2008:59]

*del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a la propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad”.*⁹¹

La violencia de género es una de las manifestaciones paradigmáticas de la discriminación ancestral de la mujer y supone una clara vulneración de los derechos humanos. La violencia de género puede explicarse a través de la historia de la mujer, ya que siempre ha estado vinculada a la casa y a depender del marido, y ello debido a dos factores:⁹²

-A la educación que nos imparten desde niños con clara diferencia entre sexos. Es decir, los mecanismos de socialización son diferentes para hombres y mujeres. La mujer se presenta como el sexo débil, siendo siempre sumisa y sin capacidad de decisión frente al varón. Esto se hará mas notable en el caso de familias con estructura patriarcal. Esto es así, porque en este tipo de familias la educación de los niños/as recae en la madre. Las hijas serán educadas para que asuman papeles domésticos: donde habrá un predominio de dominación masculina en los poderes de mando y menos libertad que los niños.

-En las familias patriarcales se reproduce la idea de considerar las labores de la casa como propias de la mujer, mientras que las decisiones importantes son tomadas por los hombres.

En el caso práctico se ven los problemas de desigualdad que sufre la mujer a través de los mecanismos de control dentro del hogar: así Felipe es quien trae dinero a casa y quien se encarga de su manejo, autoridad como cabeza de familia, coacciona a Leticia, la desacredita como persona etc...

IV.1.b) Fases de la violencia de género

Por desgracia, la violencia machista no es algo puntual, sino que se repite a lo largo del tiempo que va generando un debilitamiento progresivo de la víctima. Esto es porque durante toda la etapa en que se va generando este maltrato, se va establecido un dominio y control sobre la víctima por parte del agresor. En este sistema de dominio y control solo se ve el fenómeno en su parte visible, la agresión física, pero realmente todo comienza mucho antes de los golpes o los empujones. Ya desde los inicios de la relación de pareja se pueden observar manifestaciones de estrategias de control. Estas estrategias consisten en el aislamiento del entorno social, que deja a la mujer incomunicada de posibles afectos y recursos y centrada exclusivamente en el agresor. Esto lo vemos en el caso, cuando Felipe le prohíbe a su mujer relacionarse con las vecinas, la controla por la red social WhatsApp para ver que hace en todo momento y le prohíbe escribir en su pequeño blog de moda. Además, en el caso se aprecia como se desvalora, humilla y se desacredita a Leticia como persona, pues en la cena de Nochevieja todos alaban lo rica que estaba la cena, a lo que Felipe contesta “es lo menos que tiene que hacer si yo soy el que trabajo”. Una vez que la mujer está atrapada en este sistema de control que el agresor ejerce sobre ella, se puede ver, en la mayoría de los casos, un ciclo o proceso de maltrato:

-Fase de tensión: En esta fase se hace referencia a hechos aislados, conflictivos y normalmente provocados y justificados por parte del agresor, en donde hace responsable a ella de estos males. Estos pequeños episodios van progresivamente generando una escalada de tensión, dando lugar a un cambio de humor significativo en el agresor que ella suele intentar calmar adaptándose a él.

⁹¹ Cfr. GÓMEZ VILLAR J.: *op. cit.*, p. 33

⁹² Cfr. SERRANO MAÍLLO A.: *Enfoques críticos en criminología*, Dykinson, Madrid, 2003

-Fase de agresión. Esta fase supone una descarga de la tensión acumulada por los episodios anteriores. Se puede manifestar con agresiones de todo tipo, no solo física, también psíquica y/o sexual.

-Fase de calma y conciliación. En esta fase, el agresor muestra arrepentimiento y hace actos de corrección. Para ello suele desarrollar estrategias de manipulación afectiva, como hacer regalos, promesas, o desplegar actitudes cariñosas. Esto refuerza positivamente a la víctima, generando la ilusión y la esperanza de cambios en el comportamiento de él. La finalidad de estas estrategias es la de retener y controlar a la víctima, recuperando su confianza y dependencia emocional.

Este proceso de violencia tiene un pronóstico negativo, es decir, los episodios violentos cada vez se hacen más frecuentes e intensos, llegando a perderse la fase de conciliación con el tiempo. La mujer se vuelve más sumisa, a la vez que va perdiendo la confianza en sí misma, lo que le otorga más poder y control a él.⁹³

IV.1.b) Calificación jurídica del empujón

En el primer episodio violento constitutivo de delito, Felipe le propina un empujón a Leticia diciéndole que es libre de irse, pero que si lo hace no va volver a ver a sus hijos. Leticia acude al médico que le dice que con respecto al embarazo todo está bien y le receta únicamente unos analgésicos para el dolor.

Estamos ante un delito del artículo 153 del CP que contempla que *“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 maltratar 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(...)”* Este delito se impondrá en su mitad superior por haberse perpetrado en el domicilio común.

Cuestión importante de este artículo es que desde el punto de vista del principio de proporcionalidad es discutible la idéntica equiparación punitiva de los maltratos de obra y de las lesiones de menor gravedad. Es difícil de entender esta equiparación pues los bienes jurídicos protegidos no son los mismos, pues en las lesiones el bien jurídico protegido es la salud y en los malos tratos de obra el bienestar de la víctima, y por tanto son conductas de distinta gravedad. Desde el punto de vista de la política criminal, si se ponen al mismo nivel dos conductas de diferente gravedad, estamos “invitando” al agresor a que cometa la conducta más grave (lesiones), pues al fin tendrá la misma pena que si cometiese un maltrato de obra (más leve).⁹⁴

Una cuestión de inconstitucionalidad importante es la formulada por el Juzgado de lo penal nº4 de Murcia, al entender que la protección que se le hace a la mujer, por medio de la LO. 1/2004 suponía una vulneración del artículo 14 de Nuestra Carta Magna. A partir de ésta, numerosas cuestiones y recursos siguieron el mismo razonamiento. Es entonces cuando el Tribunal Constitucional dicta la sentencia, de 14 de mayo, en donde declara que el art.153 CP es conforme a la CE, pues este

⁹³ CAROU GARCÍA S.: *El ciclo o la espiral de la violencia contra la mujer en la pareja*, en Revista Pensamiento Penal, núm. 15, A Coruña, 2015

⁹⁴ MORILLAS CUEVA, L.: *Sistema de Derecho Penal*, Dykinson, Madrid, 2016, p.67

artículo tiene *“como fin prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como una manifestación de dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes jurídicos básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medida, entre ellas las penales.”*⁹⁵

Asimismo, otro de los precedentes fue el Auto del Pleno del Tribunal Constitucional 332/2005, de 13 de septiembre⁹⁶. En él recurso planteado el Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal de Valencia, se planteaba la posible contradicción con los artículos 1.1, 9.3, 10, 14 y 25 de la CE, al entender que castiga conductas leves, antes tipificadas como faltas, con una desproporción manifiesta y contraria a los principios de legalidad, en su aspecto de proporcionalidad de las penas, y de igualdad, al tratar, de forma muy distinta, hechos delictivos que se cometen en el ámbito familiar. El tribunal entiende que se debe justificar la diferencia de trato y la mayor sanción prevista, sin que ello infrinja el art. 14 de la CE. Respecto la vulneración del principio de proporcionalidad, entiende que la norma penal es idónea para evitar las conductas que se tipifican e intentar superar el fracaso de la regulación anterior que castigaba las mismas como faltas, y para prevenir su frecuente comisión sin que quepa apreciarse un desequilibrio excesivo e irrazonable.

El Tribunal Constitucional inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad planteada al considerarla notoriamente infundada basándose y remitiéndose a los mismos fundamentos que los ya utilizados para inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad resuelta por ATC 233/2004, de 7 de junio.⁹⁷

Cabría analizar aquí si la frase que Felipe le dice a Leticia (*“eres libre de irte, pero si lo haces no vas a volver a ver a tus hijos”*) es constitutiva de delito. Pues bien, analizando los distintos tipos penales, considero que esta modalidad de conducta encaja en el delito de amenazas del art. 171.4 CP. Este artículo ha sido introducido por la L.O. 1/2004 para el caso del que la víctima sea o hubiese sido esposa, así como a la mujer que estuviese o hubiese estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia y si la víctima hubiese sido una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. La figura consiste en amenazar de forma leve a estos sujetos pasivos, y se establece una agravación para el caso en que el delito se perpetre en presencia de menores, tenga lugar en el domicilio común o en el de la víctima, o se realice quebrantando las penas comprendidas en el art. 48 CP.⁹⁸

Jurídicamente se entiende como amenaza el anuncio de causar a la propia persona o a a su familia un mal en su persona, honor o propiedad. Como bien jurídico protegido tiene la libertad de formación de la voluntad y, por tanto, el sentimiento de tranquilidad del sujeto. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2000⁹⁹ expresa que *“doctrinalmente ha sido tradicional acoger como diferenciador entre las amenazas y coacciones, un criterio temporal de tal modo que para entender que el delito es de amenazas es preciso que exista un aplazamiento temporal del mal augurado, mientras que en las coacciones el mal se presenta como inminente y*

⁹⁵ STC de 14 de mayo de 2008 [RTC 2008/29]

⁹⁶ ATC de 13 de septiembre de 2005 [ECLI:ES:TC:2005:332A]

⁹⁷ Cfr. SERRANO ESTEBAN, A.I.: *Tratamiento jurídico de la violencia de género: aspectos constitucionales, penales y procesales*, Dykinson, Madrid, 2015, p 65

⁹⁸ Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC J.L.: *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 170

⁹⁹ STS 18 de marzo de 2000 [RJ 2000\1475]

actual. Más sutilmente se ha señalado como criterio determinante de una u otra calificación el efecto producido sobre la libertad del sujeto pasivo de la acción que será amenazas cuando incida sobre el proceso de formación de sus decisiones voluntarias y coacciones cuando afecta a la voluntad de obrar, pero también en esta última forma de distinguir se introduce un criterio de temporalidad en cuanto las amenazas inciden sobre un proceso mediato de decisión de la víctima y las coacciones afectan con inmediatez temporal a la adopción de una conducta.”

IV.1.c) Calificación jurídica del esguince y collarín

Otro de los supuestos violentos que se aprecian en el caso, que ocurren el 16 de junio de 2016, tiene lugar cuando Felipe llega tarde del trabajo y su mujer le recrimina que no aguanta más. Él con unas cuantas copas de más, le propina varios golpes. Es por esto, que Leticia acude al médico, quién le dice que tiene un esguince, se lo venda y le receta analgésicos, así como le pone collarín por los fuertes dolores que sufre. En este caso, estamos ante un delito básico de lesiones del 147.1 CP agravado por el artículo 148.4 CP. La L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹⁰⁰, recoge un art. 147.1 cuya regulación era prácticamente igual a la que había antes de la reforma, pero en la que se incluye la pena de multa de seis a doce meses con carácter alternativo. Así, la regulación actual queda efectuada del siguiente modo *“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.”*

En el artículo 147.1 CP, se recoge el tipo básico de lesiones sobre el que se articulan los distintos tipos agravados (artículo 148, 149 y 150 CP) y los distintos tipos atenuados (artículo 147.2 y 147.3 CP). Los delitos de lesiones de nuestro CP son delitos de resultado, pues se requiere una efectiva lesión y no una mera manifestación externa de lesionar.¹⁰¹ Este tipo básico se ve agravado por el artículo 148.4 del CP, si bien todas las agravaciones de este artículo son potestativas. En este caso, la agravación consiste en 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”*. Es importante esta agravación porque supone un aumento cuantitativo muy significativo de la pena, pues pasamos de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses (del tipo básico de lesiones) a una pena de prisión de dos a cinco años (agravación del 148.4 CP).

El bien jurídico protegido en el delito de lesiones es la salud de las personas, tanto en su vertiente física como psíquica. Este bien jurídico tiene un directo reconocimiento constitucional en el derecho fundamental, contenido en el artículo 15 CE, que es la integridad física y moral. En relación al sujeto pasivo puede ser cualquier ser humano con vida independiente, excluyendo por tanto, a quienes poseen vida dependiente, aunque en el CP aparece un delito concreto de las lesiones al feto.

Requiere que haya una lesión y que haya existido una primera asistencia facultativa y, posteriormente, un tratamiento médico o quirúrgico. Por tanto, los requisitos para que haya un tipo básico de lesiones son:

¹⁰⁰ BOE núm. 77 de 31 de Marzo de 2015

¹⁰¹ Cfr. MORILLAS CUEVA, L.: *op. cit.*, p.75

-Que a la víctima se le cause una lesión: Se trata de una acción típica que se puede realizar por cualquier medio o procedimiento.

-Asistencia facultativa: Por asistencia facultativa se entiende la atención que los profesionales de la salud prestan a quien los necesita.

-Tratamiento médico o quirúrgico: Va más allá de la primera asistencia facultativa y supone una serie de cuidados hasta la curación total de la persona.¹⁰²

Felipe le causa a Leticia un esguince en el pie derecho que necesita de una venda y de analgésicos para el dolor. Incluso en este caso, el esguince podría ser considerado tratamiento médico, pues en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 177/2009, de 9 de julio¹⁰³, consideró que existía tratamiento médico en un supuesto en el que *"las lesiones sufridas, consistentes en contusión en codo izquierdo, rodilla derecha y esguince de tobillo, requirieron par su curación antiinflamatorios e inmovilización. El Médico Forense explicó que el tratamiento médico consistió en antiinflamatorios e inmovilización con tensoplast, y que dicho tratamiento tenía una finalidad curativa."*

Respecto al uso de collarín, la doctrina lo considera tratamiento médico, pues la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de de 5 de marzo de 2014, establece que *"la prescripción de collarines, férulas, flejes o escayolas es, prácticamente siempre, constitutiva de tratamiento médico. La jurisprudencia de la Sala 2ª no ha dudado en afirmar la existencia de tratamiento médico y, por consiguiente, en calificar con arreglo al artículo 147.1 del Código Penal), la utilización de escayolas o férulas o de collarines cervicales, pues el porte de un collarín cervical, de una férula o de una escayola constituye un sistema curativo, o reductor de las consecuencias cuando la lesión no sea totalmente curable, prescrito con tal finalidad curativa por un titulado en medicina y aunque ese tratamiento se encomiende a auxiliares sanitarios o se imponga al mismo paciente."* Incluso en la Sentencia del Alto Tribunal de fecha 10 de Octubre de 2012 establece que *"la doctrina de esta Sala ha declarado que la colocación de un collarín cervical debe valorarse como tratamiento médico consistente en la inmovilización necesaria para la sanidad"* .

Además, cabe estudiar si Felipe puede ser condenado a mayores por un delito del art. 173.2 CP. Este artículo recoge un delito de malos tratos continuados en el cual se tutela la dignidad de la persona, además de la salud, particularmente la psíquica. La conducta típica precisa de dos elementos: ejercer violencia física o psíquica y hacerlo de forma habitual. No requiere de un resultado pues se perfecciona sin que exista un menoscabo a la salud.¹⁰⁴ La Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Enero de 2007¹⁰⁵ especifica que para que se de este delito la acción debe suponer violencia física o psíquica, que se ejerza habitualmente, que esta acción violenta pueda obedecer a cualquier fin y una relación de afectividad entre el agresor y la víctima.

La conducta típica requiere de violencia física o psíquica, debiendo entender esta por cualquier tipo de vis física, es decir, abarca desde un bofetón hasta conductas más graves. Abarca también la intimidación psicológica y otros ataques a la dignidad capaces de afectar al desarrollo de la

¹⁰² Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC J.L.: *op.cit.*, p.101

¹⁰³ SAP de 9 de julio de 2009 [BOE-A-2009-11679]

¹⁰⁴ Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC J.L.: *op. cit.*, p:183

¹⁰⁵ STS de 31 de enero de 2007 [JUR 2007\185883]

personalidad y dignidad de la víctima (descalificaciones, amenazas...). En cuanto a la violencia psicológica, cabe citar la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Sevilla de 9 de septiembre de 2001¹⁰⁶ que establece que *“una aproximación al concepto jurídico de violencia psíquica ha de incluir los actos u omisiones, así como las expresiones, que producen o tienden a producir desvalorización o sufrimiento, limitación de la libertad del otro o cualquier forma de ataque a su dignidad e integridad moral, independientemente de que con ello se produzca o no una lesión psíquica, sea en la misma persona o en otras, que por su relación con la víctima, indirectamente, pueden producir el mismo resultado.”*

Respecto al elemento de habitualidad, habrá que concretar el número de actos de violencia y la proximidad que haya entre ellos. Anteriormente, en la jurisprudencia se estimaba que para que hubiese habitualidad debía haberse ejercido violencia en al menos tres ocasiones. Poco a poco se ha abierto otra línea para la que lo relevante para apreciar la habitualidad sea la repetición o frecuencia que supone el trato violento, es decir, que se pruebe que la víctima vive en un estado de agresión permanente con independencia de que tales hayan sido juzgados o no.

Respecto a los sujetos se exige que entre el sujeto activo y pasivo debe existir una relación, presente o pasada, entre ellos. Por ello, la violencia que realiza el agresor ha de recaer en alguna de las siguientes personas:

1. Sobre el cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia.
2. Sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente.
3. Sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conveniente.
4. Sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

Como sabemos, estamos ante un delito de mera actividad, por ello el párrafo 2º del art. 173 señala que la pena señalada en este artículo se entenderá sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Por tanto, si a consecuencia de la violencia producida se ocasionan lesiones, habrá un concurso de delitos entre el art. 173.2 y el correspondiente delito de lesiones.¹⁰⁷ Así, si el agresor le genera a la víctima una lesión del 147.1. CP, habrá un concurso real de delitos entre el delito del 147.1 y el del 173.2 CP. Sin embargo, nos encontramos ante un problema concursal si coexisten los delitos de los arts. 153 y 173.2 CP, pues se considera que al aplicarse ya el vínculo familiar en el art.153 como agravante, si se vuelve a considerar ese vínculo en el art. 173.2 se estaría vulnerando el principio *non bis in ídem*¹⁰⁸. No obstante, la jurisprudencia mayoritaria afirma que ambos ilícitos son plenamente independientes, pues el art. 173.2 CP tiene como bien jurídico protegido la dignidad de la persona junto con la protección de la paz familia y el derecho a la seguridad, mientras que el art.

¹⁰⁶ SJP de 9 de septiembre de 2001 [ARP 2001\77]

¹⁰⁷ Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC J.L.: *op. cit.*, p:186

¹⁰⁸ Consiste en la prohibición de que un mismo hecho resulte sancionado más de una vez

153 procede la salud y la integridad física o psíquica de las personas que han ido dañadas con la comisión de unas lesiones.¹⁰⁹

En el caso si que se da este delito, pues existe una habitualidad en el trato violento, ya que los actos violentos se producen continuamente, guardando entre sí una proximidad temporal, pues continuamente en el caso los vamos viendo. Ya desde un principio le prohíbe trabajar en su blog de moda, le prohíbe hablar con las vecinas, está todo el día preguntándole con quién está, en dónde y con quién, además, la desacredita como persona en las cenas familiares, y a parte de la violencia psicológica utiliza la física hasta en dos ocasiones. Todo ello genera un clima de violencia en el ámbito familiar, que atenta contra la dignidad de Leticia. En este caso, estos actos serán castigados de forma más grave al haberse cometido en el domicilio común.

IV.1.d) Delito de *stalking*

En el caso se nos dice que Leticia les cuenta a sus vecinas lo 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. Sus vecinas le recriminan que eso no es ser protector, sino posesivo. Cuando Felipe llega a casa, Leticia le cuenta lo ocurrido, y este le impide que vuelva a hablar con las vecinas.

Pues bien, cabría en este caso si existe un delito de acoso o *stalking*. Esta aparece regulado en el art. 172 ter del CP. Esta figura delictiva fue introducida en el Código por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, cuya Exposición de Motivos de la justifica esta introducción “*por la necesidad de sancionar ciertos ataques graves contra la libertad del sujeto, como las persecuciones o vigilancias constantes, las llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento, que por no realizarse con violencia o mediante el anuncio expreso o tácito de un mal no permite la aplicación de los tipos tradicionales de amenazas y coacciones.*”

Se trata de todos aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal (amenazas), o el empleo directo de la violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento.¹¹⁰

El bien jurídico protegido en el delito de acoso ilegítimo o *stalking* es la libertad de obrar, entendida como la capacidad de decidir libremente. También pueden verse afectados otros bienes jurídicos como el honor, la integridad moral o la intimidad, en función de los actos en que se concrete el acoso.

Para que el acoso o el *stalking* sea castigado, tiene que realizarse alguna de estas cuatro modalidades de conducta:

1. Vigilar, perseguir o buscar su cercanía física
2. Establecer o intentar establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación o por medio de terceras personas: Se incluye pues, tanto la tentativa de contacto como el propio contacto

¹⁰⁹ STS de 13 de mayo de 2014 [Tol 4482666]

¹¹⁰ Requisitos que aparecen en la Sentencia del Juzgado de Instrucción nº 3 de Tudela [SJI 3/2016]

3. El 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 su libertad o el patrimonio o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella: No se especifica que clase de atentado contra la libertad o patrimonio

El artículo exige que la realización de la conducta típica altere gravemente el desarrollo de la vida cotidiana del sujeto pasivo.

La STS 324/2017 del 8 de mayo¹¹¹, es la primera sentencia en la que nuestro Alto Tribunal se pronuncia sobre el delito de *stalking*. En ella el TS establece que la conducta para poder ser considerada delito debe prolongarse en el tiempo para provocar una alteración en la vida de la víctima. Por ello, no bastan unos meros episodios, aunque sean intensos o muy numerosos, porque no pueden estar concentrados en unos pocos días, que además no comporten repercusiones en los hábitos de la víctima. En la sentencia aparecían probados cuatro actos de hostigamiento en el plazo total de una semana. El Supremo rechaza que los hechos encajen en el delito de *stalking*. Indica que el nuevo delito de hostigamiento exige una cierta prolongación en el tiempo; o, al menos, que quede patente, que sea apreciable, esa voluntad de perseverar en esas acciones intrusivas, que no se perciban como algo puramente episódico o coyuntural, pues en ese caso no serían idóneas para alterar las costumbres cotidianas de la víctima.

Sin embargo, este tipo no nos encaja en nuestro supuesto. Aunque Felipe no para hablar por WhatsApp a Leticia, preguntándole donde está, con quién y a qué hora va volver, lo cierto es que en el caso no nos especifica las veces que sufre Leticia este tipo de hostigamiento, siendo además cierto que a ella no le altera su vida cotidiana, pues incluso ve positivo que esté todo el tiempo pendiente de ella, calificando incluso su comportamiento de protector, cuando en realidad estamos ante un supuesto de posesión.

IV.4.e) Conclusiones

1. La violencia de género ha sido introducida por la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, de 28 de diciembre. Este delito requiere que el agresor tenga sexo masculino y que exista una relación sentimental (análoga a la conyugal o la propiamente conyugal), previa o actual entre el agresor y la víctima. La víctima, al contrario, debe tener sexo femenino, excluyendo por tanto la violencia de género en el caso de parejas homosexuales. En el caso, se ve la desigualdad que sufre la mujer a través de mecanismos de control en el hogar, así por ejemplo, se ve que es Felipe quien trae dinero a casa, quien se encarga de su manejo, que es la autoridad como cabeza de familia, y en dónde Leticia se ve sometida a coacciones, malos tratos etc..
2. La violencia hacia la mujer no es algo puntual, sino que se va repitiendo a lo largo del tiempo, provocando un dominio y control sobre la víctima por parte del agresor. Ya desde los inicios de la relación de pareja se pueden observar manifestaciones de estrategias de control. Estas estrategias consisten en el aislamiento del entorno social, que deja a la mujer incomunicada de posibles afectos y recursos y centrada exclusivamente en el agresor. Esto lo vemos en el caso, cuando Felipe le prohíbe a su mujer relacionarse con las vecinas, la controla por la aplicación WhatsApp para ver que hace en todo momento y le prohíbe escribir en su pequeño blog de moda. Además, en el caso se aprecia como se desvalora, humilla y se desacredita a Leticia

¹¹¹ STS de 8 de mayo de 2017 [ECLI: ES:TS:2017:1991]

como persona. Desde que estamos en este punto, nos encontramos normalmente con tres fases dentro de la violencia: La fase de tensión (pequeños episodios violentos), fase de agresión (no solo física, sino también psíquica e incluso sexual), y fase de arrepentimiento (en donde el agresor promete a la víctima que va cambiar, cosa que nunca sucede).

3. Respecto a la calificación jurídica de los episodios que nos encontramos en el caso, en el primero de ellos, Felipe le dice a Leticia que es libre de irse, pero que si lo hace no volverá a ver a sus hijos, además de pegarle un empujón. Nos encontramos aquí con un delito del artículo 153 del CP, que se verá agravado por haberse perpetrado en el domicilio común. Este artículo fue recurrido y objeto de diversas cuestiones de inconstitucionalidad por parte de nuestros tribunales. Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional ha sido muy claro al respecto, estableciendo que el fin de este artículo es prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como una manifestación de la dominación del hombre hacia la mujer. Además, analizando los distintos tipos penales, la frase que Felipe le dice a Leticia encaja en el delito de amenazas del art. 171.4 CP. Este artículo ha sido introducido para el caso del que la víctima sea o hubiese sido esposa, así como a la mujer que estuviese o hubiese estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia y si la víctima hubiese sido una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. La figura consiste en amenazar de forma leve a estos sujetos pasivos, y se establece una agravación para el caso en que el delito se perpetre en el domicilio común. En nuestro caso habrá concurso de delitos entre ambas figuras.
4. En el segundo episodio violento, Felipe le causa un esguince, así como le ponen collarín por los fuertes dolores que sufre. En este caso, estamos ante un delito básico de lesiones del 147.1 CP agravado por el artículo 148.4 CP. En este caso, se cumplen los requisitos del tipo pues este delito requiere que exista una lesión y que hubiese requerido de una primera asistencia facultativa y, posteriormente, de un tratamiento médico o quirúrgico. Además, cabría apreciar un delito de malos tratos continuados, pues existe una habitualidad en el trato violento, ya que los actos violentos se producen continuamente, guardando entre sí una proximidad temporal.

VI. Conclusiones finales

1. La pareja de hecho conformada por Leticia y Felipe no sería válida porque así lo dispone la normativa de las Islas Baleares. La Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables de las Islas Baleares, prohíbe que puedan inscribirse como pareja de hecho los parientes colaterales de tercer grado, sin que se admita dispensa. En cambio, en la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana, si que se permite la unión de hecho de colaterales hasta el segundo grado, por tanto, siendo válida esta unión de Leticia y Felipe válida si se realizara en Valencia y siendo no válida, en el caso de las Islas Baleares. Esto genera que dependiendo de la Comunidad Autónoma donde te inscribes se generen tratos diferentes, siendo incluso discriminatorios y creando una fuerte inseguridad jurídica. Intentamos estudiar si era posible la aplicación analógica del art. 48 CC a las parejas de hecho, para aplicar por analogía la dispensa de parentesco regulada en el CC para el matrimonio. Sin embargo, nuestros tribunales han llegado a una misma conclusión, y es que las parejas de hecho no son situaciones jurídicas equivalentes y por tanto, no cabe interponerles el mismo régimen que al matrimonio.
2. El matrimonio entre Leticia y Felipe lo considero válido, aunque es, cuanto menos sorprendente, pues estos dos son parientes, y en el caso no se menciona en ningún momento que a la hora de presentar la documentación exigible para iniciar el expediente matrimonial, se hubiere entregado una declaración de ambos afirmando que no son parientes, ni tampoco se

menciona si el instructor del expediente, a la hora de reunirse con los cónyuges se cerciorase de la inexistencia de parentesco. Sin embargo, lo consideramos válido, pues aunque los dos sean parientes colaterales de tercer grado, el art. 48 CC permite al juez, siempre que exista causa, dispensar el impedimento. E incluso, aunque se casen habiendo impedimento, este podrá dispensarse posteriormente, siempre que ninguna de las personas legitimadas, hubiera solicitado judicialmente la nulidad. Considero que en este caso existe una justa causa, pues después de haber analizado distintas resoluciones de la DGRN, la conclusión a la que llego es que, aunque Leticia y Felipe solo lleven viviendo juntos 11 meses, los dos han formado una vida en común, viviendo juntos desde un primer momento, considerando Felipe desde un primer momento a Antonio como su hijo, incluso queriendo adoptarlo y quedándose Leticia embarazada un mes y pocos días después de haberse celebrado el matrimonio. Sería absurdo negarle el matrimonio a una pareja, que aunque es cierto que concurre el impedimento, han formado una familia y conviven de forma continuada.

3. La adopción en este caso no puede ser considerada válida, al no cumplirse el requisito indispensable de que entre el adoptante y adoptando se lleven mínimo catorce años. Para haber llegado a esta respuesta fue necesario analizar la legislación anterior, no en vigor actualmente, pero que si que resulta de aplicación al expediente de adopción iniciado en 2014, y ello en base a la Disposición Transitoria Primera de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria y la Disposición Transitoria Primera de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
4. Actualmente cualquier persona que contraiga matrimonio, y por el motivo que sea quiere disolver el matrimonio, puede hacerlo mediante el divorcio directamente, y sin alegar causa que lo justifique. Por tanto, habiendo considerado anteriormente que el matrimonio entre Leticia y Felipe es válido, también podrían divorciarse.
5. En relación a la pensión de alimentos, Lucía tendría derecho a ella, sin embargo Antonio no, por considerar que la adopción no es válida (a sensu contrario, si la adopción fuera válida Antonio tendría derecho a la pensión). Si en el divorcio entre Felipe y Leticia existiera convenio regulador, allí se fijará la cuantía de esta obligación. Si no existe, será el juez quién diga en qué medida se debe satisfacer la pensión de alimentos.
6. Respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar, tendremos que ver si en el divorcio de Leticia y Felipe existe acuerdo en el convenio regulador sobre a quién atribuir el uso de la vivienda. Si no es así, pero existen hijos menores de edad, la vivienda será atribuida a Lucía y al cónyuge en cuya compañía quede. Si Lucía fuera encomendada a Felipe, que es titular de la vivienda familiar, no se nos planteará ningún problema, en cambio si la vivienda recae sobre el cónyuge no titular, necesitaremos de una justificación para privar al cónyuge titular. Este fundamento que hace que se prive al cónyuge titular reside en el principio del interés superior del menor. Sin embargo, nuestra jurisprudencia y doctrina rechazan mayoritariamente una interpretación literal del artículo 96 CC, debiendo analizarse los ingresos y la situación económica de cada cónyuge, pues aun habiendo hijos menores, puede atribuirse el derecho de uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene la custodia, siempre y cuando que el que la ostenta tenga una situación económica mejor. Por ello, en el caso que nos ocupa, si los hijos quedan en compañía de Leticia, se le deberá atribuir a ella y a sus hijos, por no dispone de vivienda de su propiedad, por tener una actividad laboral inestable; siendo inexistente desde que comenzó su relación con Felipe y percibiendo solo una mera cantidad de dinero que obtiene por un pequeño blog de moda. Además, el nuevo precepto de la LeCrim (art. 544 ter) permite,

siempre que así lo solicite la víctima o su representante legal, o bien por parte del Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores, que se adopten medidas provisionales en relación a la atribución del uso de la vivienda, régimen de custodia...cuando exista violencia de género. Por ello, si Leticia ni Felipe no tuviera hijos en común, el uso de la vivienda correspondería a esta por ser víctima de violencia de género, y por tanto la parte más necesitada de protección por su especial vulnerabilidad (art.92.7 CC).

7. Por el primer episodio violento, Felipe será castigado por un delito del violencia en el ámbito familiar que tipifica el artículo 153 del CP . En este caso 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. Además, se impondrá en su mitad superior por haberse perpetrado en el domicilio común. Además, será castigado por unas amenazas leves del art. 171.4 CP. En el segundo episodio violento, Leticia tiene un esguince en el pie y tiene que poner collarín. Pues bien, en este caso nos encontramos con un delito básico de lesiones del 147.1 CP agravado por el artículo 148.4 CP (teniendo en cuenta que esta agravación es potestativa, debiendo atenderse al resultado causado o al riesgo producido). Podemos castigar a Felipe por ese delito, pues existe una lesión que ha necesitado de asistencia facultativa y posteriormente de tratamiento médico. Además, Felipe puede ser condenado por un delito del art. 173.2 CP, que recoge un delito de malos tratos continuados, ya que Felipe ejerce violencia física o psíquica y lo hace de forma habitual. Desde un principio le prohíbe trabajar en su blog de moda, le prohíbe hablar con las vecinas, está todo el día preguntándole con quién está, en dónde y con quién, además, la desacredita como persona en las cenas familiares, y a parte de la violencia psicológica utiliza la física hasta en dos ocasiones. Todo ello genera un clima de violencia en el ámbito familiar, que atenta contra la dignidad de Leticia. En este caso, estos actos serán castigados de forma más grave al haberse cometido en el domicilio común. Por último, considero que no existe el delito de *stalking* o acoso pues no se da el hostigamiento preciso para que encaje en este tipo penal.

V. BIBLOGRAFÍA

V.1. DOCTRINA

- ALONSO HERREROS D.: *El funcionamiento de los Registros de Uniones Civiles de hecho en España y en otros países europeos*, en Cuadernos de Derecho Público, núm.15, 2002
- ÁLVAREZ LATA, N.: *Las parejas de hecho: perspectiva jurisprudencia*, en Derecho privado y Constitución, núm. 12, 1998
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R.: *Derecho de familia*, Bercal, Madrid, 2015
- ECHEVARRÍA DE RADA T.: *Cuestiones actuales de Derecho de Familia*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2013
- GONZÁLEZ CUSSAC J.L.: *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016
- GÓMEZ VILLAR J.: *Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Paredós, Madrid, 2016
- HERRÁN ORTIZ, A.I.: *De los alimentos entre parientes*, Dykinson, Madrid, 2012
- LASARTE C.: *Derecho de familia*, Marcial Pons, Madrid, 2016
- MARTÍN DE SANTA OLALLA SALUDES P.: *La ley del divorcio de junio de 1981 en perspectiva histórica*, en Revista Uned, núm. 14, Madrid, 2001
- MARTÍNEZ GALLEGO E.V.: *Matrimonio y uniones de hecho*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002
- MARTÍN MELÉNDEZ M^o.T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Aranzadi, Navarra, 2005
- MORILLAS CUEVA L.: *Sistema de Derecho Penal*, Dikynson, Madrid, 2016
- PÉREZ UREÑA, A.A.: *Normativa sobre las uniones de hecho. Cuestiones Candentes*, Edisofer, Madrid, 2002
- PÉREZ VILLALOBOS M.C.: *Las leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho*, Aranzadi, Madrid, 2008
- PINTO ANDRADE J.: *La atribución judicial de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad*, en Revista jurídica de Castilla y León, núm. 14, León, 2015
- SANZ-DIEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA J.: *La adopción y acogimiento*, en Revista Uned, Madrid, núm. 15, 2006
- SERRANO ESTEBA A.I.: *Tratamiento jurídico de la violencia de género: aspectos constitucionales, penales y procesales*, Dykinson, Madrid, 2015

- SERRANO MAÍLLO A.: *Enfoques críticos en criminología*, Dykinson, Madrid, 2003
- TOLDRÁ ROCA M^o.D.: *El consentimiento matrimonial*, Cedecs, Barcelona, 2000
- VIVAS TESÓN I.: *El reparto de bienes y deudas entre conyugues en situación de crisis matrimonial*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2016

V.2. NORMATIVA

- Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881
- Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil
- 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
- Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- Ley 1/1996, de 15 de Enero, *de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*
- Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables de las Islas Baleares
- Decreto 112/2002, de 30 de agosto, mediante el cual se crea un Registro de Parejas Estables de las Illes Balears
- Ley 27/2003 de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género
- Ley 13/2005, de 1 de Julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio
- 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 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el Libro II del CC Catalán
- Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- Ley la 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
- Circular del Consejo General del Notariado 1/2015, de 3 de agosto de 2015, relativa a la celebración de matrimonio por Notario

-Ley 26/2015, de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia

V.3. JURISPRUDENCIA

-STC de 15 de Noviembre de 1990

-STS de 13 de Abril de 1991

-STS de 18 de mayo de 1992

-STC de 28 de febrero de 1994

-STC de 14 de julio de 1994

-STS de 16 de diciembre de 1996

-STS de 10 de marzo de 1998

-SAP de 25 septiembre de 1998

-SAP Salamanca de 19 febrero de 2000

-SJP de 9 de septiembre de 2001

-STS de 11 de julio de 2002

-SAP 1 de septiembre de 2004

-SAP de 1 de septiembre de 2005

-STS de 12 de septiembre de 2005

-ATC de 13 de septiembre de 2005

-SAP 12 de mayo de 2006

-STS de 31 de enero de 2007

-STC de 14 de mayo de 2008

-STC de 19 de noviembre de 2013

-SAP de 9 de julio de 2009

-STS de 3 de marzo de 2011

-STS de 23 de Noviembre de 2011

-STS de 13 de mayo de 2014

-SAP de 18 de diciembre de 2014

-STS de 16 febrero de 2015

-SAP de 24 marzo de 2015

-STS de 4 febrero de 2016

-STS 18 de mayo de 2017

V.4. PÁGINAS WEB

<https://www.caib.es>

<http://www.cendoj.es>

<http://guiasjuridicas.es>

https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/7681/pg_051-072_dereito8-1.pdf

<http://www.poderjudicial.es>

VI. ANEXOS

VI.1. Solicitud de inscripción de parejas de hecho en Islas Baleares

Solicitud extraída de la página web del Registro de Parejas Estables de Islas Baleares

 Govern de les Illes Balears Conselleria de Família i Serveis Socials Direcció General de Família i Menors		
SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE PAREJAS ESTABLES		
<small>(Rellénese el impreso con letra clara y mayúscula.)</small>		
SOLICITANTE A		
Nombre y apellidos:		
DNI/NIE/pasaporte:	Fecha de nacimiento:	
Localidad de nacimiento:	Municipio de nacimiento:	
Isla:	Nacionalidad:	
Comunidad autónoma:	Teléfono (preferiblemente móvil):	
SOLICITANTE B		
Nombre y apellidos:		
DNI/NIE/pasaporte:	Fecha de nacimiento:	
Localidad de nacimiento:	Municipio de nacimiento:	
Isla:	Nacionalidad:	
Comunidad autónoma:	Teléfono (preferiblemente móvil):	
DIRECCIÓN DE NOTIFICACIÓN		
Dirección:		
Municipio:	CP:	Isla:
¿Cómo quiere recibirse la notificación?		
<input type="checkbox"/> Por SMS, en el número de móvil siguiente:		
<input type="checkbox"/> Por correo electrónico, en la dirección siguiente: @		
<small>(En caso de correo electrónico, hay que confirmar la correcta recepción del mensaje.)</small>		
Además del medio de notificación escogido, para aquella documentación que únicamente puede entregarse en mano, elegid el lugar de recogida donde deberéis acudir en persona o presentando una autorización y una fotocopia del DNI de la persona interesada:		
<small>(Se avisará de la disponibilidad de la documentación.)</small>		
<input type="checkbox"/> PALMA (calle de Sant Joan de la Salle, 4 B, bajos)	<input type="checkbox"/> MAÓ (avenida de Vives Lull, 42)	
<input type="checkbox"/> INCA (avenida del Raiguer, 95)	<input type="checkbox"/> CIUTADELLA (avenida de Palma de Mallorca, 1-3) <small>(sólo miércoles de 9 a 14 horas)</small>	
<input type="checkbox"/> MANACOR (calle del Pou Fondo, 17)	<input type="checkbox"/> EIVISSA (calle del Obispo Abad y Lasierra, 47)	
<small>En cumplimiento de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los datos de carácter personal que se faciliten mediante este formulario se incorporarán a un fichero automatizado de datos, propiedad de la Consejería de Familia y Servicios Sociales, inscrito en la Agencia Española de Protección de Datos. Para ejercer el derecho de acceso, cancelación, rectificación y oposición, deberá dirigirse a la Dirección General de Familia y Menores (calle de Sant Joan de la Salle, 4 B, bajos, 07003 Palma, tfno. 971 17 74 36, fax 971 17 64 16).</small>		
EXPONEMOS:		
1. Que no tenemos ninguna relación de parentesco en línea directa por consanguinidad o adopción, ni colateral por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado.		
2. Que no formamos pareja estable con ninguna otra persona inscrita y formalizada debidamente en el Registro de Parejas Estables de las Illes Balears.		
3. Que nos sometemos al régimen que establece la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables.		
4. Que al menos un miembro de la pareja tiene nacionalidad española y vecindad civil balear.		
SOLICITAMOS:		
Que se inicie el expediente administrativo correspondiente para inscribirnos como pareja estable en el Registro creado a este efecto en las Illes Balears.		
..... de de 20.....		
[rúbrica]	[rúbrica]	
DESTINO: DIRECCIÓN GENERAL DE FAMILIA Y MENORES		

La solicitud de inscripción muestra como, los que quieran inscribirse como pareja de hecho, deben declarar que no poseen ningún parentesco en línea colateral hasta el tercer grado.

VI.2. Evolución del matrimonio canónico en España

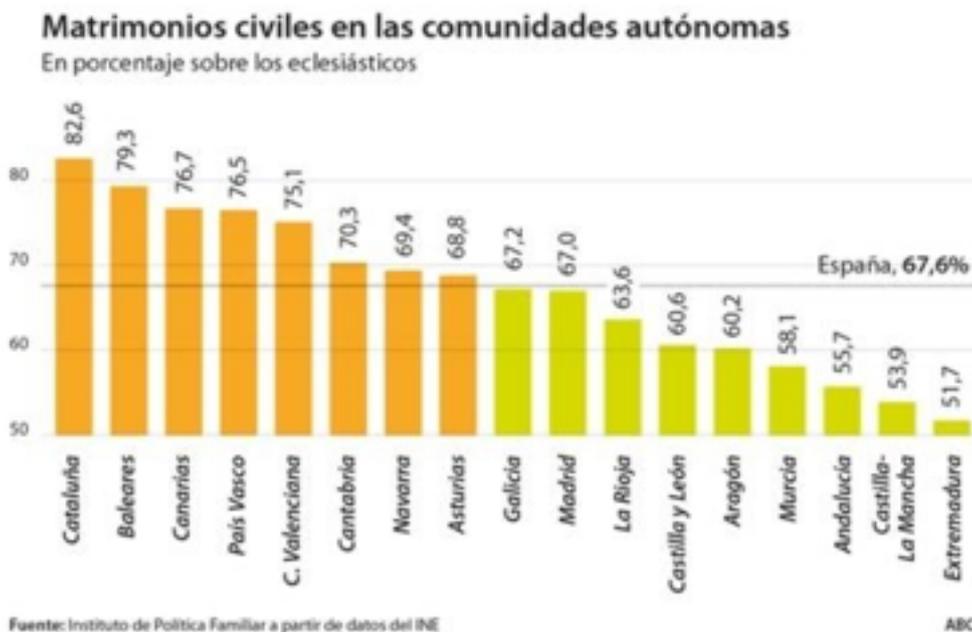
Estadística obtenida del Instituto Nacional de Estadística



Esta estadística muestra el descenso que han sufrido los matrimonios en España. Pasamos de 216.451 matrimonios celebrados en el año 2000 a 168.910 celebrados en el año 2015. Además, se produce un descenso de matrimonios católicos, pues en el año 2000 más de tres cuartos de los matrimonios eran por el ritual católico (75,6%), mientras que, en el año 2016 tan solo un 22,2% son matrimonios católicos.

VI.3. Evolución del matrimonio civil en España

Datos obtenidos del Instituto de Política Familiar



El 67,6 de los matrimonios celebrados en España se unen exclusivamente por lo civil. El dato más alto sería el de Cataluña, donde 8 de cada 10 matrimonios se casan por lo civil (un 82,6% de este tipo de matrimonios frente a los eclesiásticos), seguida de Baleares (un 79,3%), o Canarias (76,7%).

VI. TABLA DIVORCIO

Datos de la tabla obtenidos del Instituto Nacional de Estadística

	TOTAL	NULIDADES	SEPARACIONES	DIVORCIOS
TOTAL NACIONAL	101.357	144	4.652	96.562
CATALUÑA	18.898	52	785	18.062
ANDALUCÍA	17.959	30	899	17.030
MADRID	13.785	13	583	13.189
VALENCIA	11.414	10	600	10.805
GALICIA	5.714	5	256	5.494
CANARIAS	5.162	4	153	5.005
CASTILLA - LA MANCHA	4.181	11	232	3.938
CASTILLA Y LEÓN	4.063	2	196	3.865
PAÍS VASCO	4.032	4	157	3.870
ARAGÓN	2.984	2	129	2.853
MURCIA	2.893	0	157	2.736
BALEARES	2.503	2	78	2.423
ASTURIAS	2.389	0	125	2.264
EXTREMADURA	1.979	3	130	1.846
CANTABRIA	1.375	0	75	1.300
NAVARRA	1.184	5	61	1.119
RIOJA	601	0	28	572
MELILLA	199	3	7	190

En cabeza la tabla Cataluña con el mayor número de divorcios, cerrando la tabla Melilla (de Ceuta no disponemos datos al no haberlos facilitado en Juzgado). Vemos un mayor número de divorcios en relación con la separación.

VI.4. ESTADÍSTICAS VIOLENCIA DE GÉNERO EN CORUÑA

Obtenidas del Juzgado de lo Penal nº6 de A Coruña

CARGA > JUZGADO DE LO PENAL NUMERO 6 DE A CORUÑA 2017 1 Página 1 de 9

 **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL** **Órganos Judiciales. Boletines estadísticos** 10/04/2017

Año: 2017 Trimestre: 1 Tipo de Boletín: 09 Sección Funcional: 0

Órgano Judicial: 11849 JUZGADO DE LO PENAL NUMERO 6 DE A CORUÑA

I.- MOVIMIENTO DE ASUNTOS PENALES

ASUNTOS RECIBIDOS (REGLAMENTO 2/2010 DEL PLENO DEL CGPJ)	Asuntos Principales	Restantes
	82	155

ASUNTOS PENDIENTES DE INCOAR (*) 30

(*) Se incluirán en este casilla todo tipo de procedimientos o juicios que tengan entrada en el juzgado y estén pendientes del dictado de la primera resolución, que lo impulse, incluida la dirigida a la subsecución, en su caso. Estos asuntos se considerarán, a todos los efectos, como ingresados en el trimestre que se turnen y deberán estar, asimismo, incluidos, en los epígrafes que correspondan del Movimiento General de Asuntos.

EJECUTORIAS PENDIENTES DE INCOAR (*)	
	8

(*) Se incluirán en esta casilla todas las sentencias condenatorias firmes en las que aún no se haya incoado ejecución. Se entenderán sin incluir aquellas que están pendientes del dictado de la primera resolución, incluidas las de mero trámite.

I. MOVIMIENTO GENERAL DE ASUNTOS HASTA SENTENCIA

1.1. PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS (*)	Pendientes trimestre anterior	Ingresados trimestre	Reabiertos trimestre (1)	Resueltos trimestre (2)(**)	Pendientes final trimestre (3)
	171	82	0	102	181

(*) Los asuntos remitidos por los juzgados de instrucción o violencia sobre la mujer con SENTENCIAS DE CONFORMIDAD, se ingresarán y resolverán únicamente en el apartado de EJECUTORIAS.

(**) Los procedimientos en los que se declare la rebeldía del acusado se considerarán resueltos en el trimestre y se anotarán como reabiertos cuando se apierte la causa. En ningún caso, el auto de declaración de rebeldía se computará como auto final.

1.2 DILIGENCIAS URGENTES (4)	Pendientes trimestre anterior	Ingresados trimestre	Reabiertos trimestre(1)	Resueltos trimestre (2)	Pendientes final trimestre (3)
	7	11	0	12	6

1.3 RECURSOS CONTRA RESOLUCIONES DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA	Pendientes trimestre anterior	Ingresados	Resueltos	Pendientes final trimestre
	0	0	0	0

1.4 BLANQUEO DE DINERO

Indique el número de asuntos en los que por primera vez en este trimestre se ha dirigido la investigación en algún procedimiento a la posible comisión de delitos de blanqueo de capitales sin ningún otro predicado 0

Indique el número de asuntos en los que por primera vez en este trimestre se ha dirigido la investigación en algún procedimiento a la posible comisión de delitos de blanqueo de capitales con delitos predicados 0

Indique el número de asuntos en los que ha realizado en este trimestre algún decomiso o embargo en el marco de un procedimiento que incluya delitos de blanqueo de dinero 0

NOTA. El término "predicado" hace referencia a la existencia de un primer hecho delictivo que reviste las características de presunto delito, a consecuencia de cuya instrucción se investiga en el mismo procedimiento un posible delito de "blanqueo de capitales"

1.5 DELITOS DE CORRUPCIÓN	
Indique si durante este trimestre ha tramitado o tienen en tramitación algún procedimiento en el que se dirija acusación por la posible comisión de delitos del Título XXX del Libro II C.P. La información requerida se refiere a causas en las que la acusación se dirige a la comisión algún delito previsto en los artículos 303, 308, 322, 404, 405, 408, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 428, 429, 430, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 461, 467, 469 y 445 C.P. <input type="checkbox"/>	

1.6. ASUNTOS SENTENCIADOS PENDIENTES DE FIRMEZA AL FINALIZAR EL TRIMESTRE (5)	
	37

NOTA. Los Juzgados de lo Penal de Ejecutorias deberán cumplimentar los capítulos II, III y IV. Los Juzgados de lo Penal deberán cumplimentar los capítulos I, III y IV.

1.7. EJECUTORIAS(6)

1.7.1. MOVIMIENTO GENERAL (7)	Pendientes trimestre anterior	Ingresados trimestre	Reabiertas trimestre	Resueltas trimestre	Pendientes final trimestre (8)
CONFORMIDADES dictadas por J. de Instrucción excepto en asuntos de V. de Género (9)	29	0	16	35	10
CONFORMIDADES EN V. GÉNERO por J. de Instrucción o JYM (9)	73	10	7	22	68
EJECUTORIAS de Sentencias dictadas por juzgados DE LO PENAL (9)	513	90	72	114	561
TOTAL	615	100	95	171	639

1.7.2. FORMA EN QUE TERMINAN LAS EJECUTORIAS	Archivo provisional	Archivo definitivo	Total
Causas con preso (10)	14	19	33
Restantes	50	88	138
TOTAL (11)	64	107	171

1.7.3 EJECUTORIAS TERMINADAS POR ARCHIVO DEFINITIVO	Total
POR PRESCRIPCIÓN	4
POR CUMPLIMIENTO	103
POR OTRAS CAUSAS	0
Total	107

1.7.4 EJECUTORIAS EN TRÁMITE	Con Preso	Sin Preso	Total (12)
	23	617	639

1.7.5 NÚMERO DE PIEZAS INDIVIDUALES DE CUMPLIMIENTO EN TRÁMITE AL FINALIZAR EL TRIMESTRE (CONDENADOS CUMPLIENDO LA PENA IMPUESTA) (13)	Total
	0

1.8. INDULTOS	Pendientes trimestre anterior	Ingresados	Resueltos	Pendientes final trimestre
	2	2	2	2

1.9. TASACIONES DE COSTAS PRACTICADAS EN ESE ÓRGANO EN EL TRIMESTRE	Total
	6

1.10 INCIDENTES	Pendientes trimestre anterior	Ingresados trimestre	Resueltos trimestre	Pendientes final trimestre
INCIDENTES DEL ART. 241.1 LOPJ	0	0	0	0
INCIDENTES EN TRÁMITE	0	0	0	0
INCIDENTES EN EJECUCIÓN	0	0	0	0
TOTAL	0	0	0	0

1.11 Mediación	Derivados en el trimestre	Finalizados en el trimestre	
		Con avenencia	Sin avenencia
	0	0	0

1.12 PROCEDIMIENTOS DE DECOMISO AUTÓNOMO	Pendientes trimestre anterior	Ingresados Trimestre	Resueltos Trimestre (1)	Pendientes final trimestre
	0	0	0	0

2. CAUSAS CON PRESO AL FINALIZAR EL TRIMESTRE (HASTA FIRMEZA DE LA SENTENCIA - presos provisionales -)					
Pendientes señalamiento Juicio Oral	Con Juicio Oral ya señalado	En trámite notificación sentencia	En trámite de apelación y pendientes de elevar a la audiencia	Otras situaciones	Total
0	1	0	0	0	1

2.2 NÚMERO DE PRESOS PROVISIONALES AL FINALIZAR EL TRIMESTRE	Total
	1

3. ACTUACIONES DERIVADAS DE PETICIONES DE OTROS ÓRGANOS JUDICIALES

3.1 AUXILIO JUDICIAL	Pendientes trimestre anterior	Ingresados	Resueltos	Pendientes final trimestre
Despachos Nacionales	1	34	31	4
Despachos Unión Europea				
Actos de comunicación	0	0	0	0
Diligencias Urgentes	0	0	0	0
Resto	0	0	0	0
Despachos otros países	0	0	0	0
TOTAL	1	34	31	4

3.2 SOLICITUDES DE AUXILIO JUDICIAL INTERNACIONAL REMITIDAS POR ESE ÓRGANO A ESTADOS NO PERTENECIENTES A LA UNIÓN EUROPEA

3.3 Instrumentos de reconocimiento mutuo de RESOLUCIONES PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA.	Emitidas por ese Órgano	Recibidas por ese Órgano
Orden europea de detención y entrega	0	0
Resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad	0	0
Resolución de libertad vigilada	0	0
Resolución sobre medidas de vigilancia de la libertad provisional	0	0
Orden europea de protección	0	0
Resolución de embargo preventivo de bienes o aseguramiento de pruebas	0	0
Resolución por la que se imponen sanciones pecuniarias	0	0
Exhibe europeo de obtención de pruebas	0	0

3.4 Causas en las que haya emitido algún instrumento de reconocimiento mutuo que afecte directamente al menos a tres Estados miembros de la Unión Europea, o en las que haya transmitido instrumentos de reconocimiento mutuo al menos a dos Estados miembros

0

4 SOLICITUDES DE EXTRADICIÓN CURSADA A OTROS PAÍSES

0

5 ESCRITOS PENDIENTES DE PROVEER (*)	Trámite	Ejecución	Total
HASTA 30 DIAS DE ANTIGÜEDAD	20	16	36
MÁS DE 30 DIAS DE ANTIGÜEDAD	0	0	0
TOTAL	20	16	36

(*) Deberán liquidarse aquellos escritos pendientes de proveer al final del trimestre o, de no haberse facilitado el dato en un primer momento y su recuperación resulte imposible, a la fecha en que este sea requerido.

6 RECURSOS

6.1. RECURSOS DE APÉLACION	Inter puestos	Elevados en el trimestre	Confirmando totalmente	Devueltos durante el trimestre			Anulando
				Revocando			
				Totalmente	Parcialmente		
CONTRA SENTENCIAS	24	22	0	1	3	0	
CONTRA AUTOS	10	9	35	2	0	0	
TOTAL	34	31	35	3	3	0	

6.2 RECURSOS DE REVISIÓN CONTRA RESOLUCIONES DEL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	Pendientes trimestre anterior	Ingresados trimestre	Resueltos trimestre Confirmando	Resueltos trimestre Revocando	Pendientes final trimestre
	0	2	2	0	0

7. RESULTADO DE LOS JUICIOS SEÑALADOS	Celebrados en el trimestre	Suspendidos		Señalados para el trimestre
		Art. 188 LEC	Por otras causas	
DILIGENCIAS URGENTES	11	0	2	13
PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS	89	2	22	113
TOTAL	100	2	24	126

7.1 FECHA DEL ÚLTIMO SEÑALAMIENTO DE VISTA (el más alejado en el tiempo a futuro. dd/mm/aaaa)

04/07/2017

7.2. PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS PENDIENTES DE SEÑALAMIENTO PARA LA CELEBRACIÓN DE JUICIO ORAL

28

8. PROCESOS SOBRE VIOLENCIA DOMÉSTICA (14)(14)

8.1. MOVIMIENTO DE ASUNTOS	Pendientes trimestre anterior	Ingresados trimestre	Reabiertos trimestre	Resueltos trimestre	Pendientes final trimestre
PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS	0	0	0	0	0
DILIGENCIAS URGENTES	0	0	0	0	0
TOTAL	0	0	0	0	0

8.2. FORMA DE TERMINACION	Sentencia condenatoria con conformidad	Sentencia condenatoria sin conformidad	Sentencia absolutoria	Archivo definitivo	Por otras causas
	0	0	0	0	0

8.3. PERSONAS ENJUICIADAS	NUMERO	CONDENADO		ABSUELTO	
		Español	Extranjero	Español	Extranjero
Varones	0	0	0	0	0
Mujeres	0	0	0	0	0
TOTAL	0	0	0	0	0

8.4. EJECUTORIAS (*)	Pendientes trimestre anterior	Ingresados trimestre	Reabiertos trimestre	Resueltos trimestre	Pendientes final trimestre (B)
	1	1	0	1	1

(*) Se liquidarán los asuntos en trámite de ejecución así como los que están a la espera de ser ejecutados. No se computarán como pendientes aquellos asuntos que por la naturaleza de la pena impuesta determinan una ejecución prolongada en el tiempo, en estos supuestos se deberá acordar el correspondiente archivo provisional.

9 PROCESOS DE VIOLENCIA DE GENERO L.O 1/04 (15)

9.1. MOVIMIENTO DE ASUNTOS	Pendientes trimestre anterior	Ingresados trimestre	Reabiertos trimestre	Resueltos trimestre	Pendientes final trimestre
PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS	145	71	0	75	141
DILIGENCIAS URGENTES	7	11	0	12	6
TOTAL	152	82	0	87	147

9.2 SE ACOGE A LA DISPENSA A LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR COMO TESTIGO (ART. 416 L.E.CRIM)	Española	Extranjera	Total
	3	0	3

9.3 FORMA DE TERMINACIÓN	Sentencia condenatoria con conformidad	Sentencia condenatoria sin conformidad	Sentencia absolutoria	Archivo definitivo	Por otras causas
	35	45	7	0	0

9.4. PERSONAS ENJUICIADAS	NUMERO	CONDENADO		ABSUELTO	
		Español	Extranjero	Español	Extranjero
Varones	87	71	9	7	0
Mujeres	5	2	1	2	0
TOTAL	92	73	10	9	0

9.5. EJECUTORIAS (*)	Pendientes trimestre anterior	Ingresados trimestre	Reabiertos trimestre	Resueltos trimestre	Pendientes final trimestre (B)
	323	80	40	102	341

(*) Se liquidarán los asuntos en trámite de ejecución así como los que están a la espera de ser ejecutados. No se computarán como pendientes aquellos asuntos que por la naturaleza de la pena impuesta determinan una ejecución prolongada en el tiempo, en estos supuestos se deberá acordar el correspondiente archivo provisional.

9.6. INCUMPLIMIENTOS

9.6.1. MEDIDAS CAUTELARES	Naturaleza Penal	Naturaleza Civil
	3	0

9.6.2. DE PENAS DEL ARTICULO 48 EN RELACIÓN CON EL 57 DEL C.P.	
	0

A. ANEXO PARA LOS ÓRGANOS JUDICIALES QUE TENGAN EN TRAMITACIÓN PROCESOS DE CORRUPCIÓN

La información requerida se refiere a causas en las que la acusación se dirija a la comisión algún delito previsto en los artículos 303, 320, 322, 404, 405, 408, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 428, 429, 430, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 441, 442, 443 y 445 C.P.

En relación al movimiento de asuntos de violencia de género nos encontramos con que están pendientes 145 procedimientos abreviados del trimestre anterior (último de diciembre de 2016), mientras que han entrado 71 en este trimestre de 2017, siendo resueltos 75.

Respecto a las diligencias urgentes, están pendientes del trimestre anterior 7, mientras que en este trimestre han sido ingresados 11, siendo resueltas 12.

En este trimestre 3 testigos se han acogido al derecho a no declarar previsto en el art. 416 de la LEcrim.

De los procesos resueltos 35 han acabado con sentencia condenatoria con conformidad, 45 con sentencia condenatoria sin conformidad y 7 con sentencia absolutoria.

Han sido enjuiciados 87 varones, de los cuales 71 eran españoles y 9 extranjeros. De los absueltos 7 eran españoles, no habiendo extranjeros.

VI.5. DENUNCIAS RECIBIDAS EN EL AÑO 2016

Datos obtenidos del boletín estadístico del CGPJ



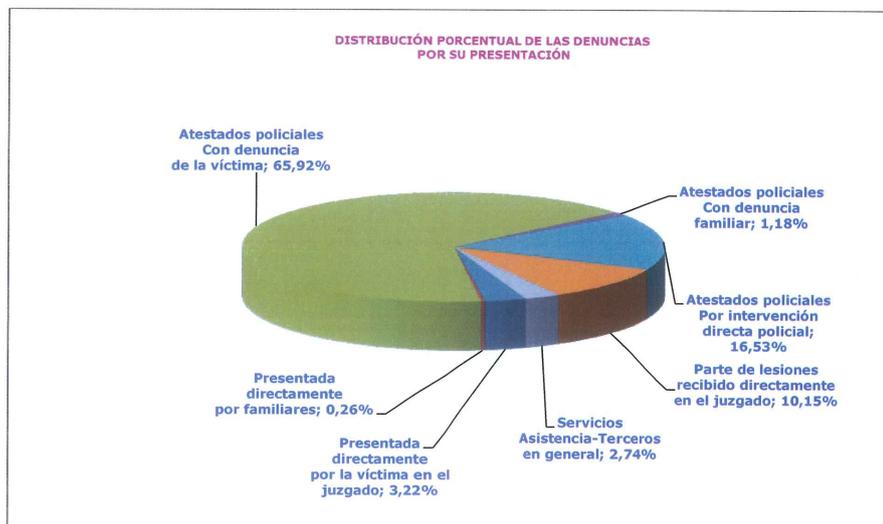
CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

DATOS DE DENUNCIAS, PROCEDIMIENTOS PENALES Y CIVILES REGISTRADOS, ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD SOLICITADAS EN LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER (JVM)¹ Y SENTENCIAS DICTADAS POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN ESTA MATERIA EN EL AÑO 2016

I. JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

DATOS DENUNCIAS RECIBIDAS EN EL AÑO 2016

Total Denuncias	Presentada directamente por víctima en el juzgado	Presentada directamente por familiares	Atestados policiales			Parte de lesiones recibido directamente en el juzgado	Servicios asistencia-Terceros en general
			Con denuncia víctima	Con denuncia familiar	Por intervención directa policial		
142.893	4.607 3,22%	375 0,26%	94.192 65,92%	1.685 1,18%	23.622 16,53%	14.501 10,15%	3.911 2,74%



¹ Datos referidos tanto a los Juzgados exclusivos de Violencia sobre la Mujer (106) como a los que compatibilizaron en el conocimiento de esta materia con otras, en número de 355