



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO FIN DE GRADO

**DIVORCIO CON HIJOS POR MOTIVO
DE LESIONES**

FACULTAD DE DERECHO

CURSO ACADÉMICO

2016/2017

AUTOR:

DIEGO GARCÍA LADO

TUTOR:

ANTONIO LEGERÉN MOLINA

ÍNDICE

ABREVIATURAS	4
SUPUESTO	5
CUESTIONES QUE SE SUSCITAN	7
I.- ¿Cómo calificaría la situación legal de Leticia respecto de Felipe (pareja de hecho legal o no, matrimonio válido, no válido)?	8
1. Introducción	8
2. Pareja de hecho legal o no legal.....	8
a) Definición y naturaleza	8
b) Regulación de las parejas de hecho	10
c) Requisitos necesarios para constituir la pareja de hecho en el presente supuesto	10
d) Solución al caso.....	12
3. Matrimonio válido o no válido	13
a) El matrimonio: definición y evolución del sistema matrimonial en España	13
b) Posible nulidad del matrimonio por vicio en el consentimiento	14
c) La capacidad matrimonial: impedimentos matrimoniales	15
II.- La adopción de Antonio ¿fue válida?	17
1. La adopción: consideraciones generales	17
a) Definición y régimen jurídico en las sucesivas reformas legislativas.....	17
b) Novedades en materia de adopción tras la reforma operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia	18
2. Presupuestos o requisitos de la adopción.....	19
a) Requisitos del adoptante.....	19
b) Requisitos del adoptado	20
c) Prohibiciones	21
3. Solución al caso	21
III.- ¿Puede Leticia solicitar el divorcio? y en su caso: ¿les corresponde a Antonio y a Lucía una pensión de alimentos?	24
1. La nulidad y el divorcio	24
a) Divorcio: concepto, caracteres y efectos.....	24
b) Diferencias entre divorcio y nulidad matrimonial.....	25
c) ¿Solicitar el divorcio o la nulidad del matrimonio?	26
2. Prestación de alimentos	27
a) Consideraciones generales	27
b) Diferencias entre el artículo 110 CC y los artículos 142 y ss. CC	29
c) Matrimonio putativo.....	30
d) Pensión de alimentos a Lucía y Antonio	31

IV.- ¿A quién debe atribuírsele el uso de la vivienda (donde residen actualmente, situada en Lugo)?	32
1. Introducción.....	32
2. Medidas sobre la vivienda y el ajuar domésticos.....	32
3. Atribución de la vivienda situada en Lugo.....	34
V.- ¿Las actuaciones de Felipe son constitutivas de delito?	37
1. Consideraciones generales a la violencia de género.....	37
2. Violencia física.....	39
3. Violencia psicológica.....	41
 CONCLUSIONES FINALES.....	 43
BIBLIOGRAFÍA.....	46
LEGISLACIÓN.....	48
JURISPRUDENCIA.....	49

ABREVIATURAS

- AP: Audiencia Provincial
- ART. o ARTS: Artículo/s
- ATC: Auto Tribunal Constitucional
- BOE: Boletín Oficial del Estado
- CCAA: Comunidades Autónomas
- CC: Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil
- CE: Constitución Española 1978
- CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado
- LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
- LOPJ: Ley 6/1985, de 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial
- LOPJM: Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.
- LPIA: Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- RRC: Reglamento del Registro Civil
- SAP: Sentencia Audiencia Provincial
- STC: Sentencia Tribunal Constitucional
- STS: Sentencia Tribunal Supremo
- STSJ: Sentencia Tribunal Superior de Justicia
- TC.: Tribunal Constitucional
- TS: Tribunal Supremo

SUPUESTO

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

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

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

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

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

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

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

Desde entonces, la pareja no hace más que mudarse de casa en casa por culpa del trabajo de Felipe. En los últimos meses han tenido varias residencias dentro del territorio español que han llevado a Leticia a abandonar su trabajo y depender de la posición

económica de su pareja, el cual cobra actualmente un sueldo aproximado de 5.000€ netos mensuales. Leticia, cansada de esta situación, decide dar un ultimátum a Felipe: o se casan o ella se llevaría a Antonio. Como resultado de la amenaza de Leticia, el 25 de mayo de 2015 Felipe y ella contraen matrimonio en Barcelona, su última residencia habitual, en el ayuntamiento y ante la alcaldesa.

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

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

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

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

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

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

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

CUESTIONES QUE SE SUSCITAN

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

I.- ¿CÓMO CALIFICARÍA LA SITUACIÓN LEGAL DE LETICIA RESPECTO DE FELIPE (PAREJA DE HECHO LEGAL O NO, MATRIMONIO VÁLIDO, NO VÁLIDO)?

1. INTRODUCCIÓN

Para valorar la situación legal de Leticia respecto de Felipe se analizarán tanto la unión de hecho como el matrimonio. Con respecto a la unión de hecho se estudiará la regulación y requisitos que exige la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables de las Islas Baleares. Por otro lado, se expondrá la naturaleza del matrimonio, junto con la evolución de su regulación en España, centrandó la atención en la capacidad matrimonial

2. PAREJA DE HECHO LEGAL O NO LEGAL

a) Definición y naturaleza

Podemos entender como pareja de hecho la unión libre, pública y estable de dos personas con independencia de su orientación sexual, siempre que guarden entre sí una relación de afectividad siendo incompatible con cualquier matrimonio de los convivientes¹.

Hablar de parejas no casadas implica referirnos a una situación de coexistencia diaria con vocación de permanencia, creándose entre los convivientes unidos sentimentalmente un ámbito común de intereses y fines, dentro del núcleo común de su hogar compartido, siendo el deseo de los mismos no sujetarse a reglas preestablecidas que pudieran condicionar su libertad de elección².

Así mismo, es fundamental diferenciar entre las parejas formalizadas o registradas, a las que les resultará de aplicación una legislación propia, de las parejas de hecho no formalizadas, que se mantienen sin registrarse en ningún lugar.

Conviene subrayar que la pareja de hecho es una institución diferente a la del matrimonio, respecto a lo estipulado en el artículo 32.2 CE: *es la ley quien 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*. Por tanto, de entenderse la pareja de hecho como una situación análoga a la del matrimonio se estaría en contradicción con lo que expresa la norma suprema, ya que la Constitución reconoce una

¹ SERRANO CHAMORRO, M.E.: *“Las parejas de hecho y su marco legal”*. Editorial Reus. Madrid. 2014. Pág. 92.

² GARCÍA MAS, F.J.: *“Las uniones de hecho: su problemática jurídica”*. En RCDI. N°648 1998. Pág. 1511.

clase única de matrimonio para todos los españoles con posible diversidad en la forma de celebración³.

Desde la jurisprudencia se señala que la unión de hecho está formada por personas que no quieren contraer matrimonio con sus consecuencias⁴. Con la unión de hecho se busca eludir las consecuencias derivadas del vínculo matrimonial. Este hecho explica el rechazo por parte de la jurisprudencia de la aplicación analógica de las normas propias del matrimonio a las uniones de hecho.

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional afirma que: “las parejas de hecho no son una forma de matrimonio, precisamente se caracterizan por la ausencia de vínculo matrimonial por lo que cuando se regula una pareja de hecho no se están regulando las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio; la equiparación de derechos derivados de diferentes situaciones jurídicas no puede ni debe identificarse con equiparar tales situaciones jurídicas, pues la extensión de derechos no trasmuta la naturaleza de dichas situaciones jurídicas, en este caso, no trasmuta la naturaleza de una unión de hecho”⁵.

Asimismo, sigue el Tribunal Constitucional en Auto de 10 de mayo que el matrimonio y las relaciones extramatrimoniales son conceptos diferentes no pudiendo distinguir entre familia y familia matrimonial, explicando que pese a no estar casados tienen que disfrutar los mismos derechos. Es tajante dicho auto cuando menciona que: “el matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional. Nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento”⁶.

Por lo tanto, es obvio que, si una pareja opta por no casarse es porque no desea someterse al régimen jurídico del matrimonio, prefiriendo la situación de pareja de hecho que en ningún caso tiene porque ser la misma que la estipulada en el Código civil para el matrimonio.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en su Sentencia 222/1992, de 11 de diciembre, al afirmar que no puede quedar constreñido el concepto de familia a la matrimonial, por lo que existen otras junto a ella.

También en las Audiencias se puede ver esta línea, la SAP de Madrid, de 22 de marzo de 1995, dice que tras la llegada de la Constitución ya no se puede considerar a las uniones extramatrimoniales contrarias a la moral, al orden público ni a las buenas costumbres. Al contrario, se trata de situaciones totalmente lícitas y de las que, en principio, se pueden derivar cualesquiera consecuencias jurídicas, ya que el texto constitucional ni prohíbe ni considera contrarias a derecho el que una persona, en manifestación de su derecho fundamental al libre desarrollo de su personalidad, conviva extramatrimonialmente con

³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: Manual de derecho civil, Derecho de Familia, Bercal, S.A. 2015. Pág. 45.

⁴ STS de 12 de septiembre de 2015 [RJ 2015/4184].

⁵ STC de 8 mayo de 2014 [RTC 2014\75].

⁶ ATC de 10 mayo de 2005 [JUR 2005/150362]

otra persona. Constituyen una familia de hecho respecto de la cual, el artículo 39 CE los poderes públicos deben asegurar su protección social, económica y jurídica⁷.

De acuerdo con lo dicho en los párrafos precedentes, cabe destacar que jurisprudencialmente esta materia ha sido objeto de tratamiento, partiendo de tres aspectos esenciales: su naturaleza voluntaria, su carácter diferenciado y no asimilable al matrimonio y el principio de igualdad entre los convivientes y la protección al más débil.

En la práctica, la jurisprudencia ha venido resolviendo las disputas generadas por este tipo de uniones de forma diferenciada, en función del tipo de problema que se hubiera generado. De esta manera, mientras que en aspectos tales como posibles derechos hereditarios del cónyuge superviviente, bienes adquiridos durante la convivencia, se ha venido rechazando de forma generalizada la aplicación analógica del régimen matrimonial, en cambio en otros aspectos tales como los alimentos, lo relativo a la vivienda familiar o la guarda y custodia de los hijos comunes sí han sido resueltos por nuestros Tribunales a través de la utilización analógica del régimen matrimonial.

b) Regulación de las parejas de hecho

Su marco regulatorio, hasta hace poco, se había visto marcado por un vacío legal, que derivaba en el carácter alegal de estas uniones, siendo consecuencia del carácter tradicional de la época, de la propia vocación de flexibilidad y falta de sujeción a norma alguna, propio de este tipo de uniones.

Con respecto al ámbito estatal, ni la Constitución Española que recoge entre sus principios la protección de la familia, ni tampoco nuestro Código civil, hacen alusión alguna a tales uniones, siendo ello reflejo del carácter reciente de este fenómeno. Han sido las Autonomías las que se han encargado de dictar normas al respecto. Son precisamente aquellos textos dictados por Comunidades Autónomas con potestad para desarrollar normativa civil, en virtud del artículo 149.1.8º CE, los que abordan su régimen de forma más extensiva. En todo caso, más allá de diversos aspectos comunes, la regulación propuesta por estas normas se ve marcada por una amplia diversidad⁸.

Como conclusión de este apartado referente al régimen de las parejas de hecho, se hace necesario explicar los requisitos que se exigen para ser pareja de hecho. El tema se centrará en la pareja de hecho del caso.

c) Requisitos necesarios para constituir la pareja de hecho en el presente supuesto

Leticia y Felipe decidieron inscribirse como pareja de hecho en el Registro de Parejas de Hecho de Palma de Mallorca. Para conocer los requisitos hay que acudir a la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables. En su artículo 1 expresa que el objeto de la Ley es la regulación del régimen de las parejas estables en las Islas Baleares, entendiéndose como tales las uniones de dos personas que convivan de forma libre,

⁷ SAP de Madrid de 22 de marzo de 1995 [AC 1995/885]

⁸ LASARTE ÁLVAREZ, C.: “*Derecho de Familia*”. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2016. Pág. 45.

pública y notoria, en una relación de afectividad. Para continuar, el artículo 2 trata sobre la capacidad y los requisitos personales, de forma que solo pueden constituir pareja estable a los efectos de esta Ley los mayores de edad y los menores emancipados. No obstante, no pueden constituir pareja estable:

- a) Los que estén ligados por vínculos matrimoniales.
- b) Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.
- c) Los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado.
- d) Los que formen pareja estable con otra persona, inscrita y formalizada debidamente.
- e) Finalmente, para poder acogerse a esta Ley, como mínimo uno de los dos miembros ha de tener la vecindad civil en las Islas Baleares y se exige la sumisión expresa de ambos al régimen establecido por ésta.

La vecindad civil es la condición en la que se encuentra todo ciudadano por su adscripción a una zona determinada del territorio español, donde se aplica, bien la legislación civil común o foral. Todas las personas sometidas a la ley española tienen una vecindad civil. Las causas de adquisición de la vecindad civil española pueden agruparse en cuatro categorías: por filiación, matrimonio, residencia o adquisición de la nacionalidad.

Con respecto a la vecindad civil balear hay que hacer mención al Decreto Legislativo 79/1990 por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares. En dicho Decreto, su artículo 2 expresa que la vecindad civil se regulará por el Código civil y demás disposiciones de aplicación general, de forma que habrá que centrar el estudio en el artículo 14 CC. Dicho artículo expone que la vecindad civil es un concepto jurídico existente en el Derecho civil que tiene relación con la sujeción que pueda tener una persona al Derecho civil común o a alguno de los Derechos civiles forales. En España coexisten varios sistemas, por un lado está el Derecho Civil común, el cual rige en las CCAA sin Derecho civil propio, además de aquellas materias reservadas a regulación estatal y por otro lado están las CCAA con Derecho civil propio⁹.

Para la resolución del caso, es necesario determinar cuáles son los requisitos para adquirir la vecindad civil, en el apartado 5º del artículo 14 CC se dispone que la vecindad civil se adquiere:

- a) Por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad.
- b) Por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo.

Una vez analizados los requisitos para poder constituir pareja estable en las Islas Baleares, se tratará de examinar si Felipe y Leticia cumplen dichos requisitos y así determinar si la pareja de hecho inscrita en el registro es legal o no.

⁹ Las CCAA con Derecho civil propio son: Cataluña, Aragón, Islas Baleares, Navarra, País Vasco, Galicia y algunas ciudades de Extremadura.

d) Solución al caso

Para determinar si la inscripción como pareja de hecho entre Felipe y Leticia es válida o no, hay que hacer un breve recordatorio de los puntos clave: Felipe y Leticia se conocen y tras un período de relación descubren que son parientes colaterales en tercer grado, pese a ello deciden inscribirse en el registro como pareja de hecho. Para dar solución al caso, es necesario determinar si la pareja cumple todos los requisitos establecidos en la Ley 18/2001 de parejas estables, los cuales ya se explicaron en el apartado anterior.

En primer lugar, la pareja debe estar formada por mayores de edad o en su caso por menores emancipados. Requisito que cumplen, ya que tanto Leticia como Felipe son mayores de edad al tener 30 y 26 años, respectivamente.

En segundo lugar, en el caso no se hace mención de que ni Leticia ni Felipe estén ligados por vínculos matrimoniales. Leticia ha tenido una relación anterior con otra persona, de la cual es fruto su hijo Antonio, pero falleció hace años. Respecto a Felipe, en el caso nada se dice de relaciones anteriores, por lo que también cumplen este requisito.

En tercer lugar, Leticia y Felipe no son parientes en línea recta por consanguinidad ni por adopción, ni tampoco forman pareja estable con otras personas, inscritas y formalizadas debidamente.

En cuarto lugar, otro de los requisitos era que para poder acogerse a la Ley balear es necesario que al menos uno de los dos miembros de la pareja tenga vecindad civil balear. En relación con Leticia, tal y como expresa el caso, está empadronada en la Comunidad de Madrid y nunca ubicó su residencia en las Islas Baleares, según el caso tampoco tiene parentesco alguno por el que pueda adquirir la vecindad civil balear por esa rama, por lo tanto, Leticia no tiene vecindad civil balear. Respecto de Felipe, está empadronado en Palma de Mallorca, además de residir allí. El caso no hace mención al tiempo que lleva residiendo en Palma de Mallorca, ni de si sus padres tienen vecindad civil balear para saber si Felipe ya la ostenta.

Como el caso no nos da más datos, no podemos determinar si tiene vecindad civil balear por filiación, pero se da a entender que Felipe lleva residiendo mucho tiempo en Mallorca de forma que como dice el artículo 14 CC en su apartado 5º, la vecindad civil se adquiere por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad o por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo, por lo que podemos suponer que Felipe tiene vecindad civil balear por residencia ya que se deduce del caso que Felipe lleva residiendo más de 10 años en Palma de Mallorca, aunque solo le haría falta 2 en caso de que manifestase su intención de tener tal vecindad civil. Por todo ello, se presupone que Felipe tiene la vecindad civil balear y por tanto también cumplen el requisito.

En quinto y último lugar, Leticia y Felipe no cumplen el último de los requisitos, ya que no pueden constituir pareja estable a efectos de la Ley balear los parientes colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado. No cumplen el requisito debido a que el caso dispone que Felipe es el sobrino de Leticia, es decir, son parientes en tercer grado de parentesco.

Por lo expuesto, la pareja de hecho inscrita el 2 de agosto de 2014 en el Registro de Parejas de Hecho de Palma de Mallorca no es válida al no cumplir el requisito de parentesco colateral por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado. Además, no

existe en la Ley de Parejas Estables ni en la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares ningún precepto que estipule dispensa alguna respecto del requisito de parentesco colateral hasta tercer grado.

3. MATRIMONIO VÁLIDO O NO VÁLIDO

a) El matrimonio: definición y evolución del sistema matrimonial en España

El matrimonio está regulado en los artículos 42 a 107 del Código civil. Pese a que el Código civil no lo define, debido a su gran implantación social, la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia entienden el matrimonio como la unión estable de dos personas, concertada entre ellos, de acuerdo con determinadas formalidades previstas por la ley¹⁰, con ánimo de compartir vida y existencia.

El matrimonio se puede entender desde dos perspectivas: como negocio jurídico bilateral, al basarse en un acuerdo de voluntades entre los que lo celebran y como una institución propia y autónoma. Con respecto a la primera de las perspectivas, es un negocio jurídico de duración indefinida, pese a que cualquiera de las partes pueda desvincularse sin alegar causa alguna. Cabe destacar que los cónyuges se comprometen a cumplir una serie de deberes como respetarse, ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia (art. 67 CC), guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente (art. 68 CC) y vivir juntos (art. 69 CC). Otro de los requisitos es que un sujeto solo puede celebrar un matrimonio y mientras éste no se extinga no podrá celebrar más.

Con respecto a la evolución del matrimonio en España, la Constitución de 1978 instaura un nuevo sistema matrimonial basado en los principios de igualdad y no discriminación por razón de religión (art. 14 CE) y libertad religiosa (art. 16 CE).

Poco después, el régimen jurídico matrimonial sería profundamente reformado por la Ley 30/1981, de 7 de julio, que da nueva redacción a los artículos que lo regulan en el Código civil, además de establecer el procedimiento a seguir en causas de nulidad, separación y divorcio. Se consagra, de este modo, la figura del matrimonio civil. Pudiendo dar el consentimiento matrimonial en forma civil (ante el juez o alcalde autorizante) o en forma religiosa (art. 49 CC)¹¹.

Desde el año 1981 el derecho matrimonial ha sido sometido a varias modificaciones, siendo de mayor calado la reforma de 2005 con las leyes 13/2005, de 1 de julio, de modificación del CC en materia de derecho a contraer matrimonio, y la Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del CC y LEC en materia de separación y divorcio¹².

¹⁰ Artículo 32 CE: *El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 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.*

¹¹ A partir de 30 junio 2017: Artículo 49 redactado por el apartado tres de la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria («B.O.E.» 3 julio).

¹² Con la Ley 15/2005 se eliminan las causas de separación y divorcio y se permite al cónyuge solventar de este modo las crisis matrimoniales que surjan durante el matrimonio.

Por último, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, da una nueva redacción a muchos de estos preceptos, por ejemplo, la dispensa al impedimento de parentesco para contraer matrimonio¹³.

Una vez explicada la evolución del matrimonio, hay que determinar si Felipe y Leticia cumplen los requisitos para contraer válidamente matrimonio. En primer lugar se analizará si el consentimiento dado entre Felipe y Leticia es válido o, por el contrario, fue sometido a coacción o miedo grave. En segundo lugar trataremos la capacidad matrimonial y los posibles impedimentos que puedan surgir a la hora de contraer matrimonio.

b) Posible nulidad del matrimonio por vicio en el consentimiento

La nulidad del matrimonio, regulada en los artículos 73 a 80 CC, supone una anomalía en el negocio jurídico matrimonial que impide su eficaz constitución, aunque pueda haberse creado una apariencia de validez.

Por lo que se refiere al supuesto de hecho, el matrimonio podría haber sido sometido a coacción o miedo grave, ya que cabe recordar que: *Leticia, cansada de esta situación, decide dar un ultimátum a Felipe: o se casan o ella se llevaría a Antonio. Como resultado de la amenaza de Leticia, el 25 de mayo de 2015 Felipe y ella contraen matrimonio.*

Desde el punto de vista del consentimiento podría ocurrir que el matrimonio fuese nulo ya que Felipe está sometido a una coacción¹⁴ y no a una amenaza como dice el caso. Visto de este modo el matrimonio sería nulo por vicios en el consentimiento.

Además, el Código civil exige la existencia de un nexo causal entre la coacción y el consentimiento matrimonial, de forma que el miedo sea determinante de la prestación del consentimiento¹⁵. Se entiende que existe nexo causal ya que inmediatamente después de coaccionar a Felipe con llevarse a Antonio, Felipe cede y deciden casarse.

En contraste con lo anterior, aunque exista nexo causal, para que se determine la nulidad, el matrimonio tiene que ser contraído por coacción o miedo grave (art.73.5). De modo que, aunque sí que es cierto que Leticia le recriminó a Felipe que si no se casan se lleva a su hijo Antonio, no existe esa coacción grave o miedo irresistible de la que habla

¹³ Dentro de ellos se incluye la dispensa del impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior y el de parentesco para contraer matrimonio, el de intervención judicial en relación con la adopción de medidas específicas para el caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad o para el caso de ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente y también un expediente para los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales. También se ha eliminado la dispensa matrimonial de edad, al elevarla de 14 a 16 años.

¹⁴ El CP define la coacción, en su artículo 172, como la fuerza o violencia física o psíquica que se ejerce sobre una persona para obligarla a decir o hacer algo contra su voluntad, que es lo que realmente ocurre entre Felipe y Leticia.

¹⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentarios al Código civil”. Tomo I. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. Pág. 803.

el Código civil. Además, la doctrina y la jurisprudencia explican que para que el miedo sea causa de nulidad ha de ser antecedente, grave, injustamente inferido e indeclinable.

Por todo lo expuesto, entiendo que la recriminación hecha por Leticia no puede llegar a ser considerada como un miedo o coacción grave y por lo tanto no es motivo suficiente para decretar la nulidad del matrimonio. Así mismo, para que la coacción pueda causar la nulidad del matrimonio debe ser realizada con violencia o intimidación grave, aspecto que en el caso tampoco se produce.

c) La capacidad matrimonial: impedimentos matrimoniales

Para poder contraer matrimonio de forma válida, los contrayentes han de tener un mínimo de capacidad y aptitud personal. El Código civil regula los impedimentos matrimoniales en los artículos 46 y 47 y en el artículo 48 su posible dispensa. En estos artículos se realiza una delimitación negativa, señalando aquellas circunstancias que impiden la celebración del matrimonio.

Según el artículo 46 CC no pueden contraer matrimonio:

- a) Los menores de edad no emancipados.
- b) Los que estén ligados por vínculo matrimonial.

De igual manera el artículo 47 impide contraer matrimonio entre sí a:

- a) Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.
- b) Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado.
- c) Los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal.

Es necesario recalcar que de entre todos los impedimentos mencionados, centraremos la atención en el impedimento por parentesco consanguíneo en línea colateral hasta el tercer grado, ya que es el único que afecta al presente caso para determinar si el matrimonio constituido es válido. Cabe recordar que Leticia y Felipe descubren que son tía y sobrino, por lo tanto parientes colaterales en tercer grado, de forma que el impedimento dispuesto en el artículo 47 le afectaría a la hora de contraer matrimonio válido.

Teniendo en cuenta el artículo 47, la solución al caso sería determinar que el matrimonio constituido entre Felipe y Leticia no es válido. Pero el Código civil da la opción de dispensar el impedimento por parentesco de grado tercero entre colaterales, en los casos en los que el juez determine una justa causa y mediante resolución previa dictada en expediente de jurisdicción voluntaria (art. 48 CC).

La dispensa es un acto jurídico ejercido por quien la ley otorga facultad para efectuarlo, y que tiene por objeto remover un obstáculo legal para la celebración del matrimonio. Es una institución prevista para funcionar antes de la celebración del matrimonio, no obstante puede ocurrir que el matrimonio se hubiera celebrado sin tener en cuenta el impedimento, por lo que también puede solicitarla con posterioridad a la celebración.

Actualmente existen dos clases de dispensa, la concedida por el Ministerio de Justicia y la del Juez de Primera Instancia, en los casos de parentesco. Cabe destacar que contra la negativa a conceder la dispensa por el Juez de Primera Instancia cabe apelación ante la DGRN¹⁶.

En cuanto a lo redactado por el artículo 48 CC cuando hace referencia a que la nulidad no haya sido instada por alguna de las partes entiendo que no solo hace referencia a los cónyuges, ya que conforme a lo expresado en el artículo 74 CC, tienen acción para pedir la nulidad del matrimonio tanto los cónyuges como el Ministerio Fiscal o cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella. Es muy explicativa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 24 de marzo de 2015, en la que el Ministerio Fiscal insta la nulidad del matrimonio entre un tío y una sobrina al existir un impedimento por razón de parentesco antes de que la pareja hubiese pedido la dispensa, de forma que el Tribunal expresa que al instar la nulidad primero, la dispensa ya no se puede solicitar¹⁷.

Por lo que se refiere a “justa causa” para que el Juez conceda la dispensa, la ley no hace mención alguna acerca de lo que se considera como tal, siendo la doctrina y la jurisprudencia quienes lo han determinado. Sirva de ejemplo, la resolución de la DGRN¹⁸: *Que esta dispensa requiere inexcusablemente la existencia de justa causa, y en el caso presente, a pesar del propósito firme de ésta y del pretendido contrayente de casarse entre sí, hay que concluir que no concurre aquel requisito a la vista de la oposición frontal de los padres de la menor que han sido oídos.*

Existen dos variantes que la jurisprudencia entiende que son determinantes para obtener la dispensa: por un lado, los que entienden que para conceder la dispensa debe de existir únicamente la *affectio maritalis*. En cambio, la jurisprudencia mayoritaria entiende que no es suficiente, debiendo primar el periodo de convivencia de los contrayentes y el tiempo de relación.

Conforme a lo anterior, la DGRN ofrece una vía para obtener la dispensa por impedimento de parentesco; tal es el caso que en una de sus resoluciones expresa que: *Es procedente la dispensa otorgada a tío y sobrina después de comprobar que convivieron durante 22 años, debiéndose presumir que además del afecto familiar tiene que haber surgido un affectio maritalis, cuya existencia depende de la voluntad íntima de las personas y no puede desvelarse so pena de producir intromisiones ilegítimas en su intimidad.*

Para finalizar esta exposición es necesario dar una respuesta concreta a la pregunta, el matrimonio entre Leticia y Felipe ha sido celebrado debido a que en ningún momento se percibió la causa de impedimento por razón de parentesco. Según el artículo 47 CC, el matrimonio sería nulo al existir esta causa, aunque en algunos casos sería dispensable siempre que el Juez así lo determine al existir una justa causa (art.48 CC). En el caso de Felipe y Leticia entiendo que va a ser difícil obtener la dispensa ya que solo llevan dos años de relación desde que se conocen y normalmente la jurisprudencia mayoritaria exige un periodo de convivencia y de relación previo bastante amplio antes de conceder la dispensa.

¹⁶ RDGRN de 25 de Enero de 1985: Dispensa de edad para contraer matrimonio.

¹⁷ SAP Teruel de 24 de Marzo de 2015 [JUR 2015/123212].

¹⁸ RDGRN 28/03/1985. Dispensa de edad para contraer matrimonio.

II.- LA ADOPCIÓN DE ANTONIO ¿FUE VÁLIDA?

1. LA ADOPCIÓN: CONSIDERACIONES GENERALES

a) Definición y régimen jurídico en las sucesivas reformas legislativas

La adopción, regulada en los artículos 175 a 180 CC, puede definirse como aquella institución de derecho de familia mediante la cual una persona se integra plenamente en la vida de familia de otras personas, con los mismos efectos que produce la filiación por naturaleza (art.108 CC), rompiéndose como regla general, los vínculos jurídicos que éste tenía con la familia anterior¹⁹.

Tal y como se expresa en la legislación vigente en España se caracteriza por establecer una tendencial equiparación entre la filiación adoptiva y la filiación por naturaleza, de forma que una vez establecida la adopción no existe causa alguna que pueda diferenciar los hijos consanguíneos y los adoptivos²⁰.

La adopción se configura como un proceso en el que se requiere unos determinados presupuestos para su constitución, su objeto no solo es satisfacer el interés de quien solicita la adopción sino también, y por encima de todo, el interés del menor que va a ser adoptado, con el fin de que no se vuelva a ocasionar la situación anterior que pudiera frustrar las expectativas de formación integral y afectividad del menor²¹.

El procedimiento se origina mediante una resolución judicial la cual constituye una relación de filiación adoptiva entre adoptante y adoptado. Como ya se dijo antes, prima el interés del menor, así lo expresa el artículo 176.1 CC y lo reconoce el TS al declarar que: “Indudablemente, el instituto de la adopción se encuentra inspirado en el interés del menor, al ser el más digno de protección, y debe evitarse que puedan perjudicarse las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno-filiales, por lo que es preciso examinar las circunstancias específicas de cada caso concreto para poder llegar a una solución justa y estable, especialmente, para el menor²²”.

La regulación de la adopción en el Código civil se caracteriza: 1º. Por el principio de control administrativo para evitar el tráfico de niños, garantizar la idoneidad de los adoptantes y que la adopción sea beneficiosa para el menor. Los expedientes de adopción, como regla general, sólo se pueden iniciar a propuesta de la Entidad Pública que en cada territorio tenga encomendada la protección de los menores, a favor del adoptante o adoptantes que la propia entidad haya declarado idóneos. 2º. Por la asimilación de los efectos de la adopción a los derivados de la filiación por naturaleza, lo que supone que la adopción no genera sólo una relación de filiación entre el adoptante y el adoptado, sino que da lugar a una relación plena de parentesco entre el adoptado y los parientes de quien

¹⁹ PÉREZ MARTÍN, A. J.: Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores. (2ª ed.), Lex Nova. Valladolid 1998, pág. 565

²⁰ El artículo 108 distingue la filiación por naturaleza –matrimonial y extramatrimonial- y por adopción. En ésta no interviene relación biológica alguna, sino que es solo jurídica.

²¹ SAP Albacete de 9 de junio de 2008 [RJ 2008/81].

²² STS 18 de junio de 1998 [RJ 1998/5063].

le adoptó. 3º. Por el principio de primacía del interés del menor, que se sobrepone al de sus progenitores y al de los adoptantes²³.

Fijando la atención en la legislación española, el proceso de adopción se ha ido estructurando mediante la aprobación de las siguientes leyes:

En primer lugar, la ley de 24 de abril de 1958 introdujo en el Código civil la distinción entre adopción plena y menos plena, admitiendo que se pactaran derechos sucesorios en la escritura de adopción.

En segundo lugar, con la aprobación de la Ley de 4 de julio de 1970, se redujeron los requisitos para adoptar, estableciendo las categorías de adopción simple y plena. Se facilitó extraordinariamente la realización de la adopción²⁴. Por su parte, la Ley 11/1981 se limitó a modificar algunas cuestiones de detalle, derivadas de la nueva concepción del Derecho de familia, debido al impulso de la Constitución de 1978.

La Ley 21/1987 intenta poner remedio a las deficiencias del sistema anterior, estableciendo un control previo de las actuaciones que preceden a la adopción, mediante la intervención de una entidad pública.

En tercer lugar, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, por su parte, ha introducido retoques para que los matrimonios homosexuales estén también plenamente legitimados para adoptar, con criterios de absoluta igualdad en relación con los matrimonios heterosexuales²⁵.

En último lugar, se debe hacer mención a la Ley 54/2007, de 28 diciembre, de Adopción Internacional que tiene por objeto establecer las normas relativas al Derecho Internacional Privado en materia de adopción internacional.

Como queda reflejado, la institución de la adopción ha sido sometida a lo largo de los años a cuantiosas reformas, hasta llegar a la actual reforma del año 2015, que se explicará en el siguiente epígrafe.

b) Novedades en materia de adopción tras la reforma operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia

Las novedades más importantes que introduce la Ley 26/2015 en materia de adopción son²⁶:

²³ CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “Cuestiones controvertidas en la nueva regulación de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia”. Revista Doctrinal Aranzadi. (BIB 2017\2108).

²⁴ Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción.

²⁵ Tal y como expresa la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005: *En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción.*

²⁶ Artículo 3 LPIA.

En primer lugar, se introduce en el artículo 175 CC la incapacidad para adoptar a aquellos que no pueden ser tutores, de acuerdo con el propio Código.

En segundo lugar, se modifica la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, estableciéndose una diferencia de edad mínima de 16 años y máxima de 45 años.

En tercer lugar, se incorpora una definición de idoneidad en el artículo 176 CC, de forma que no pueden ser declarados idóneos para adoptar quienes se encuentren privados de la patria potestad ni quien tenga confiada la guarda de su hijo a la Entidad Pública.

En último lugar, se crea la figura de la guarda con fines de adopción y la adopción abierta, que permite mantener al adoptado relación con su familia de origen a través de visitas o comunicaciones, lo que ha de ser acordado por el juez y se refuerza el derecho de acceso a los orígenes de las personas adoptadas.

2. PRESUPUESTOS O REQUISITOS DE LA ADOPCIÓN

a) Requisitos del adoptante

El adoptante debe cumplir una serie de requisitos para llevar a cabo la adopción:

- a) Ser mayor de veinticinco años o que uno de los miembros del matrimonio o la pareja de hecho adoptantes lo sea (Art. 175.1 CC)
- b) Tener una diferencia mínima de edad con el adoptando de dieciséis años (175.1 CC). Antes de la reforma del año 2015 se exigía una diferencia de edad de catorce años.
- c) Con la reforma del año 2015 se ha impuesto una diferencia de edad máxima de cuarenta y cinco años²⁷.
- d) Que el adoptante sea declarado idóneo para adoptar (176.1 y 2 CC). La declaración de idoneidad la realizan los servicios competentes de cada Comunidad Autónoma, con fundamento en informes psicosociales que debe aportar el adoptante.
- e) Salvo la adopción por ambos cónyuges o pareja de hecho, nadie puede ser adoptado por más de una persona. Solo es posible una nueva adopción en caso de muerte del adoptante, o cuando se haya incurrido en causa de privación de la patria potestad (arts. 175.4 y 179 CC).

Ahora bien, se permite que si una persona soltera adopta y posteriormente contrae matrimonio, su consorte pueda adoptar a ese menor²⁸. En los casos de solicitud de adopción del hijo del cónyuge o de la pareja sentimental, sí resulta necesario que el adoptante tenga cumplida la edad mínima establecida en veinticinco años, con independencia de que su cónyuge o compañero/a sentimental haya alcanzado dicha edad. Tal y como es el caso es necesario que Felipe tenga los veinticinco años cumplidos.

²⁷ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

²⁸ CAÑIZARES LASO, A. y OTROS: “Código civil Comentado. Volumen I”. Editorial Aranzadi. Navarra. 2011. Pág. 903.

Se establece el requisito de la diferencia de edad mínima entre adoptante y adoptado con la pretensión de que la filiación adoptiva se asimile en la medida en que sea posible a la filiación natural o biológica. En relación con la necesidad de concurrencia de este requisito, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de febrero del 2001, considera nula la adopción de dos hermanos, debido a que la adoptante solamente es cinco años mayor que el adoptando y ocho que la adoptada²⁹. Este supuesto es un claro caso de nulidad por la inexistencia de uno de los requisitos sustantivos y esenciales exigidos en el Código civil. Preceptos que requieren, necesariamente, que el adoptante sea mayor de veinticinco años y tenga como mínimo catorce años³⁰ más que la persona adoptada.

A causa de la nueva redacción del artículo 175, a diferencia de la reforma anterior, se prevé la vía de la excepción en los casos de incumplimiento del requisito de diferencia de edad entre adoptante y adoptado para los casos previstos en el artículo 176.2 CC:

- a) Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.
- b) Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal.
- c) Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo la tutela del adoptante por el mismo tiempo.
- d) Ser mayor de edad o menor emancipado.

b) Requisitos del adoptado

Por su parte, el adoptado tiene que cumplir una serie de requisitos para que se pueda llevar a cabo la adopción. Son los siguientes:

- a) Menor de edad.
- b) No emancipado.

Dice el artículo 175.2 del Código civil, que: “*Únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados. Por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años*”. Del tenor literal del precepto se desprende que podrán ser adoptados los menores no emancipados, debido a que la adopción, ante todo, es una institución de protección de menores, entendiendo por menores a aquéllos que no han adquirido la mayoría de edad³¹.

De modo que dentro de este análisis se pueden diferenciar claramente tres tipos de menores en función de la edad que los mismos ostenten: los menores hasta catorce años,

²⁹ SAP de Barcelona, de 14 de febrero de 2001 [ROJ: 1731/2001].

³⁰ La Sentencia es anterior al año 2015, por lo que en aquella época se exigía una diferencia mínima de edad de catorce años y no de dieciséis.

³¹ Artículo 315 del Código civil.

a los que el Código civil no permite la emancipación antes de dicha edad, aunque existan importantes razones para ello. Los menores de catorce a dieciséis años, que no se encuentren emancipados. Los menores de dieciséis a dieciocho años, siempre y cuando no hayan sido emancipados por razón de matrimonio o por concesión de los que ejerzan la patria potestad o por el Juez.

c) Excepcionalmente, mayor de edad, si antes de sus 14 años se hubiera iniciado una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia con los adoptantes.

d) Que no esté comprendido en las prohibiciones del artículo 175.3 CC, las cuales pasamos a tratar a continuación.

c) Prohibiciones

El artículo 175.3 CC dispone que no podrán adoptarse: 1º. A un descendiente. 2º. A un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad. 3º. A un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente a la cuenta general justificada de la tutela.

Del análisis del precepto, se desprende que las prohibiciones se refieren tanto a la situación matrimonial como a la convivencia *more uxorio*³².

En relación con la primera prohibición, conviene precisar que ésta no distingue entre filiaciones ni tampoco entre grados de descendencia, por lo que, se refiere a todo descendiente, afectando por tanto a hijos, nietos, bisnietos, etc. Además, no solo afectará a los descendientes matrimoniales, sino también a los no matrimoniales y a los adoptivos.

La segunda prohibición establece la imposibilidad de proceder a la adopción de un pariente en segundo grado de la línea recta colateral por consanguinidad o afinidad, por lo que se prohíbe la adopción de un hermano por otro, ya sean de sangre o adoptivos, así como la adopción entre hermanos políticos o cuñados.

Una vez comentados los requisitos necesarios, se procede a analizar si Felipe y Antonio cumplen dichos requisitos para así poder constituir la adopción de forma válida.

3. SOLUCIÓN AL CASO

Para responder al interrogante de si la adopción de Antonio es válida o no, tenemos que comprobar si Felipe, como adoptante, y Antonio como adoptado, cumplen todos los requisitos expuestos en el apartado anterior. La ley en determinados casos es imperativa, de forma que si no cumplen algunos de los requisitos expuestos la adopción no sería válida.

Con respecto a la figura del adoptante:

³² DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ y HERNÁNDEZ GIL: *“Lecciones de Derecho de familia”*. 2007. Pág. 386.

En primer lugar, es necesario que éste sea mayor de veinticinco años, cabe destacar que Felipe según el caso tiene veintiséis años, por lo que se considera que tiene edad suficiente para poder adoptar, es decir, cumple el requisito de la edad mínima del adoptante.

En segundo lugar, con la reforma de 2015 se exige una diferencia de edad de dieciséis años entre adoptante y adoptado, por lo que cabe recordar que entre Antonio y Felipe existen trece años de diferencia³³. Estaríamos ante un obstáculo que no permitiría realizar la adopción de Antonio por parte de Felipe. Sin embargo, los trámites para la adopción de Antonio comenzaron el 13 de octubre de 2014, es decir, antes de que entrase en vigor la Ley 26/2015.

Respecto a ello, la disposición transitoria primera de la Ley 26/2015 dispone 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 lo tanto, la adopción de Antonio se registraría por la ley anterior a 2015.

De todas formas, para llevar a cabo una explicación exhaustiva de la adopción, se van analizar las dos leyes:

Por un lado, a partir de la reforma del año 2015, el Código civil prevé la posibilidad de prescindir del límite de edad mínima o de diferencia de edad en los casos previstos en el artículo 176.2 CC, de forma que no es necesario cumplir el requisito cuando el adoptando sea el hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal.

Del mismo modo, el Convenio Europeo en materia de Adopción de Menores³⁴, en su artículo 9, establece que la ley podrá prever la posibilidad de prescindir del requisito de diferencia de edad, en favor del interés superior del menor cuando el adoptante sea el cónyuge o la pareja registrada o de la madre del menor.

Otro de los requisitos de la reforma de 2015 es que se exige una diferencia de edad máxima de cuarenta y cinco años. Felipe, obviamente, cumple tal requisito al tener veintiséis años. Así mismo, se exige que Felipe sea idóneo para adoptar por lo que se tendrá que demostrar que es una persona apta para ejercer la adopción³⁵.

Por lo tanto, si la adopción se rigiera por la Ley 26/2015, pese a que Felipe y Antonio incumplen el requisito de la diferencia de edad, éste sería un obstáculo salvable gracias a la excepción del Código civil al tratarse de la adopción del hijo de su cónyuge.

Por otro lado, como ya se mencionó al principio de este apartado, la adopción de Antonio se inició antes de entrar en vigor la Ley del año 2015, de forma que dicha adopción se va a regir por la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.

³³ SAP Gipuzkoa de 17 de marzo de 2017 [ROJ 298/2017]. SAP Castellón de 31 de julio de 2013 [ROJ 858/2013].

³⁴ Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008.

³⁵ SAP Lugo de 30 de mayo de 2008 [ROJ 546/2008].

Con esto quiero decir, que en el año 2014 (año en que se inició la adopción de Antonio) la redacción del artículo 175 CC era la siguiente: *“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”*.

Acorde con esta redacción, Felipe y Antonio no cumplen el requisito de la diferencia de edad mínima entre adoptante y adoptado de 14 años. Por lo tanto estaríamos ante el incumplimiento de un requisito indispensable para llevar a cabo la adopción. Asimismo, debido a la redacción del artículo 175 CC se cierra la vía de la excepción en cualquier caso.

Para fundamentar tal afirmación, se basa la argumentación en una Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca³⁶ que expresa lo siguiente: *“no se cumple el requisito 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, es el de estarse en presencia de un requisito imperativo, para poder adoptar”*.

En cuanto al adoptado, es menester analizar los requisitos que éste debe cumplir a la hora de llevar a cabo una adopción, el adoptado debe ser un menor no emancipado, aunque hay supuestos de excepción. Antonio es un menor de trece años no emancipado, de forma que por este requisito sí podría llevarse a cabo la adopción.

En el caso de las prohibiciones (art.175.3 CC), explicadas en el apartado anterior, la única que podría suscitar dudas es la que no permiten adoptar a parientes en segundo grado de línea colateral por consanguinidad. En este caso no existiría ningún problema, ya que Antonio y Felipe son parientes colaterales por consanguinidad en 4º grado.

Por todo lo expuesto, la adopción de Antonio se regirá por la LO 1/1996 al iniciarse el trámite de adopción en el año 2014, es decir, antes de la entrada en vigor de la Ley 26/2015. Por lo que no se va a poder llevar a cabo la excepción del artículo 176.2 CC.

En efecto, la adopción de Antonio no es válida al incumplirse el requisito de diferencia mínima de edad entre adoptante y adoptado, de catorce años, al llevarse únicamente trece. Del mismo modo, no existe excepción alguna a tal requisito, debido al tenor literal “en todo caso” que expresa el artículo 175 CC.

³⁶ SAP Salamanca de 19 de febrero de 2000 [ROJ 145/2000].

III.- ¿PUEDE LETICIA SOLICITAR EL DIVORCIO? Y EN SU CASO: ¿LES CORRESPONDE A ANTONIO Y A LUCÍA UNA PENSIÓN DE ALIMENTOS?

1. LA NULIDAD Y EL DIVORCIO

a) Divorcio: Concepto, caracteres y efectos

El divorcio es una de las tres causas de disolución del matrimonio, junto a la muerte y la declaración de fallecimiento, tal y como establece el artículo 85 del Código civil³⁷.

Es una figura que consiste en la disolución formal de carácter judicial del vínculo matrimonial. Fue instaurado en España por primera vez en la Segunda República, siendo suspendido durante los años de la dictadura franquista y vuelto a recuperar en 1981, con la Ley 30/1981, que rige sus bases.

Más de veinte años después, la Ley 15/2005 modificó algunos aspectos concernientes al divorcio en el Código civil, suponiendo el último cambio legislativo al respecto. A partir de esta modificación legal, y en gran contraste con la regulación existente anteriormente, no es necesaria la alegación de causa alguna para poder presentar una demanda de divorcio. Basta con la voluntad de uno de los dos cónyuges, ya que la demanda se puede presentar de forma unilateral, siendo necesario además el cumplimiento del mismo plazo desde la celebración del matrimonio que para la separación (tres meses, no aplicándose este plazo en las mismas situaciones que se contemplan para la separación judicial).

La acción es personalísima. Si es presentada por ambos o por uno de los cónyuges con consentimiento del otro, se realizará una propuesta de convenio regulador; en el caso de que sea presentada de forma unilateral, se hará una propuesta fundada de medidas que regulen los efectos del divorcio. La propuesta fundada de medidas se presentará entonces en los casos contenciosos, regulando estas lo derivado del proceso; mientras que el convenio es propio de los procesos de mutuo acuerdo, estando su contenido mínimo establecido legalmente (art. 90 CC), teniendo que versar sobre las relaciones económicas y medidas respecto de los hijos que resulten del proceso.

A la hora de presentar una demanda de divorcio, la forma en la que se haya celebrado el matrimonio no tiene ninguna implicación, ya que es posible su tramitación cualquiera que hubiese sido esta. La única exigencia existente en lo relativo a la presentación de la demanda es un plazo, coincidente con el exigido para la separación judicial, tres meses como norma general, con la posibilidad de no ser este plazo de aplicación en aquellos casos en los que exista riesgo para la vida o la integridad moral del cónyuge que lo solicita.

Por otro lado, el artículo 89 del Código civil expresa que: “*La disolución del matrimonio por divorcio solo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y*

³⁷ O' CALLAGHAN MUÑOZ, X: “*Compendio de Derecho Civil. Tomo IV. Derecho de Familia*”. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid. 2012. Pág. 71.

producirá efectos a partir de su firmeza. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil”.

Del mismo modo, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de noviembre 2011, expresa que: *“los efectos no serán efectivos desde el momento de la concurrencia de la causa como pretende el recurrente, sino desde la sentencia que acuerda el divorcio³⁸”.*

En todo caso, el Tribunal comunicará la sentencia o decreto de divorcio al Registro Civil donde se halle inscrito el matrimonio, para la práctica de los asientos que correspondan (arts.755.I LEC y 264 RRC).

Finalmente, entre los efectos más importantes del divorcio están la disolución del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial (art. 95.I CC), además de que las partes recuperen la capacidad para celebrar un nuevo matrimonio, la posible privación de la patria potestad, la desaparición de la presunción de paternidad matrimonial y la posibilidad de revocar donaciones por razón del matrimonio.

Una vez explicados los aspectos generales del divorcio, se hace necesario establecer las diferencias con la nulidad matrimonial, a efectos de resolver la pregunta planteada en el caso.

b) Diferencias entre divorcio y nulidad matrimonial

La sentencia de divorcio disuelve o rompe el vínculo matrimonial, por lo que una vez divorciados, los cónyuges pueden volver a contraer un nuevo matrimonio. La nulidad declara que ese matrimonio no tuvo validez, que no existe, pero sí se desplegaron todos los efectos jurídicos del matrimonio, relativos a los hijos habidos en el matrimonio y al régimen económico matrimonial; una vez declarada judicialmente la nulidad matrimonial, los cónyuges quedan sin vínculo matrimonial y pueden volver a contraer nuevas nupcias³⁹.

Los Tribunales pueden declarar la nulidad de un matrimonio, si existen las causas de nulidad matrimonial (art. 73 CC). La sentencia de nulidad lo que hace es declarar la inexistencia del matrimonio, es decir, que no hubo matrimonio, que éste no nació a la vida jurídica, aunque sí generó efectos jurídicos⁴⁰.

Las causas de nulidad matrimonial tienen que existir antes de contraerse el matrimonio o deben darse en el mismo momento de contraerlo. No deben ser posteriores a la celebración del matrimonio válidamente contraído. Es por esto que en caso de nulidad matrimonial, lo que hace es declarar la nulidad pre-existente del mismo, una vez la haya constatado.

³⁸ STS de 23 de noviembre de 2011 [ROJ: 7666/2011].

³⁹ BARBERO, T; PEÑA, E; GAJA, I y GALÁN, C.: *“Modificación del Código civil y la Ley en Materia de Separación y Divorcio. La nueva Ley del Divorcio”*. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2005. Pág. 143.

⁴⁰ Por ejemplo, respecto a la filiación matrimonial de los hijos, el régimen económico matrimonial, etc.

Por otro lado, algún sector doctrinal ha expresado que la figura del divorcio viene a facilitar la disolución del vínculo, que muchas de las situaciones que podrían encauzarse a través de la nulidad matrimonial, como es el caso, tenderán a concretarse en la práctica en una acción de divorcio⁴¹. Todo ello debido a que el divorcio no exige una alegación de causa por lo que se permite una más rápida y eficaz disolución del vínculo, con efectos similares a la nulidad, y sobre todo evitando que los jueces entren en consideraciones personales, como por ejemplo si existen impedimentos o vicios.

De forma que nada impide que los Jueces y Tribunales faciliten una interpretación más propicia a inaplicar el cauce de la nulidad matrimonial, por ejemplo, a través del incremento de los casos de convalidación de matrimonios originariamente nulos, por el transcurso del tiempo, con apoyo justamente en una voluntad de los afectados de aceptar los efectos del matrimonio, a través del inicio y continuación de la convivencia durante un tiempo relevante.

c) ¿Solicitar el divorcio o la nulidad del matrimonio?

Con respecto al análisis hecho en el apartado anterior estableciendo las diferencias entre nulidad y divorcio, entiendo que Leticia no debe solicitar el divorcio, ya que el matrimonio contraído con Felipe desde su celebración es nulo, al existir un impedimento de parentesco.

El caso no establece si el matrimonio obtuvo la dispensa ulterior que lo convalide, por lo tanto, es necesario barajar ambas hipótesis:

Por un lado, en caso de que el matrimonio contraído entre Felipe y Leticia hubiese obtenido la dispensa que lo convalide, estaríamos hablando de un matrimonio que aunque en un principio fue nulo, de una vez que se obtuvo dispensa consigue la validez. De forma que en este caso al estar el matrimonio convalidado sí que tendría derecho a solicitar el divorcio, ya que estaríamos hablando del divorcio de un matrimonio válido.

Pero esta hipótesis entiendo que no va a surgir, ya que como se afirmó en el apartado correspondiente, es muy improbable que el matrimonio contraído entre estos sujetos obtenga la dispensa por parte del juez, básicamente, porque existe un periodo muy corto de relación. Es decir, Felipe y Leticia solo llevan dos años de convivencia, de forma que el juez, pese a haber *affectio maritalis*, al no existir ese periodo de convivencia estable que si tiene por ejemplo una pareja que lleva conviviendo veinte años, seguramente no le otorgue la dispensa al matrimonio.

Aun así, existe esa posibilidad de que en caso de obtener la dispensa que convalide el matrimonio, Leticia sí que podría solicitar el divorcio de Felipe.

Por otro lado, en caso de que no se haya obtenido dispensa que autorice el matrimonio, no se puede solicitar el divorcio, ya que estaríamos hablando del divorcio de un matrimonio nulo. La institución del divorcio ha sido creada para disolver el vínculo

⁴¹ LACRUZ BERDEJO, J-L.: *“Elementos de Derecho Civil en Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil IV”*. Editorial Dykinson, Madrid, 2010. Pág. 78.

matrimonial de dos cónyuges que en su momento decidieron constituir el matrimonio válidamente pero que ahora ven la necesidad de romperlo. Este no es el caso de Felipe y Leticia, ya que estamos ante un matrimonio nulo en el que el divorcio no es la vía para romper el vínculo matrimonial.

Además, en caso de que se lleve a cabo el divorcio se rompe el vínculo matrimonial pero en cierto modo se reconoce la validez de un matrimonio que ya desde un principio fue nulo, es decir, si se divorcian se está permitiendo que un matrimonio nulo produzca los mismos efectos que produciría un matrimonio válido, ya que una vez divorciados, pese a la nulidad del matrimonio, se conservarían todos los efectos del matrimonio.

Esa es la razón de ser por la que Leticia no puede solicitar el divorcio, ya que si este se consuma se conservarían todos los efectos de un matrimonio que desde un principio fue nulo.

Por ello, Leticia tiene que solicitar la nulidad del matrimonio, ya que sería la forma de romper el vínculo que constituyó con Felipe, además de anular un matrimonio que debido al impedimento nunca debió existir.

Según el artículo 74 CC, Leticia tiene legitimación activa para interponer la acción de nulidad en el momento que crea conveniente, ya que a diferencia de otros casos como por ejemplo, determinados vicios en el matrimonio, el impedimento por parentesco no tiene un plazo para interponer la acción de nulidad, por ello, pese a que ya pasaron dos años desde que se celebró el matrimonio, Leticia va a poder ejercer la acción cuando lo crea conveniente.

2. PRESTACIÓN DE ALIMENTOS

a) Consideraciones generales

La pensión de alimentos puede definirse como el deber impuesto a una o varias personas de asegurar la subsistencia de una u otra, suponiendo la conjunción de dos partes: una acreedora que se llama alimentista, que tiene el derecho a exigir y recibir los alimentos, y otra deudora llamada alimentante, que tiene el deber legal y moral de prestarlos.

Según el artículo 143 CC: *“están obligados recíprocamente a darse alimentos los cónyuges, los ascendientes y descendientes y los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación”*.

Tratándose de separación matrimonial, nulidad o divorcio, la obligación de alimentos consiste en el deber impuesto a uno de los cónyuges frente al otro cónyuge o frente a los hijos⁴².

⁴² Para las parejas de hecho no prevé el Código civil la obligación de alimento y el TC en sentencia de 15 de noviembre de 1990 [RTC 1990/184] señala que el vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. Puede

La pensión de alimentos comprende todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación e instrucción del alimentista⁴³.

La obligación, cuantía y forma de pago de la pensión de alimentos puede ser acordada de mutuo acuerdo por los cónyuges cuando pactan el convenio regulador, o venir impuesta por la sentencia que se dicte en los procedimientos de separación o divorcio contencioso.

Los padres tienen el deber de contribuir a los alimentos de los hijos ya sean menores de edad o mayores en período de formación y sin ingresos propios que les permitan hacer una vida independiente.

La cuestión es clara cuando los hijos son menores de edad, el cónyuge con el que convivan estará legitimado para reclamar la pensión de alimentos que le correspondan. El progenitor, por tanto, que recibe la pensión de alimentos lo hace como pago delegado, con la inexcusable obligación de invertir y repercutir su importe en las necesidades de ese hijo, siendo ese progenitor percceptor el único legitimado para interponer posibles procedimientos judiciales para reducir, aumentar o extinguir la cuantía de la pensión.

La exigencia de alimentos no tiene carácter retroactivo, por lo que no se puede condenar a cantidad alguna sino desde la fecha en que se interponga la demanda en caso de los hijos menores de edad o desde que se dicta la sentencia en caso de hijos mayores de edad.

La cuantía de la pensión de alimentos debe ajustarse principalmente a las posibilidades económicas del obligado a prestarlos y a las necesidades de los descendientes⁴⁴. En consecuencia, la determinación de la cuantía es proporcional a los recursos de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.

El hecho de tener a su hijo consigo el mes de vacaciones, no exime al progenitor no custodio del abono de la pensión en ese mes, por lo que durante las vacaciones escolares, ha de abonarse la pensión de alimentos.

La pensión de alimentos podrá aumentarse o disminuirse en atención al cambio de circunstancias que con el tiempo se vayan produciendo en el obligado a entregarlos (alimentante) y el percceptor de los mismos (alimentista)⁴⁵.

Los alimentos dejarán de prestarse:

- a) Por muerte del alimentista.

deducirse, por tanto, que de este artículo 143 no nace una obligación de alimentos entre los convivientes *more uxorio*. Sin embargo hay que tener en cuenta que en las CCAA existen leyes que regulan las parejas de hecho y aquellas que tienen derecho civil propio pueden incluir regulación relativa al derecho de alimentos

⁴³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *op. cit.*, Pág. 29. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: “Derecho de Familia”. Universidad de Madrid. Madrid. 1989, Pág. 520; RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Comentarios al Código Civil”. Vol.2º. En AA.VV. Barcelona. 2000. Pág. 1097.

⁴⁴ SAP de Barcelona, 1 de marzo de 1999 [RJ: 1999/4354].

⁴⁵ DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A.: “Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Tomo 1. Derecho de Familia”. Editorial Tecnos, Madrid, 2012. Pág. 110.

- b) Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.
- c) Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.
- d) Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiere cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación.
- e) Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa.

Por su parte, el incumplimiento de la obligación de prestar alimentos conlleva el inicio del procedimiento de ejecución sobre los bienes del obligado a prestarlos e igualmente puede generar responsabilidades penales, ya que el impago de la pensión de alimentos durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos puede llevar consigo la comisión de un delito de abandono de familia que está castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de 6 a 24 meses (art. 227 CP). Además, constarán antecedentes penales por la comisión de este delito. Es importante indicar que el Estado paga la pensión de alimentos cuando el progenitor no custodio no lo hace, siempre que se den determinados requisitos. En caso de incumplimiento existe el Fondo de Garantía del Pago de Alimentos⁴⁶.

b) Diferencias entre el artículo 110 CC y los artículos 142 y ss. CC

Llegados a este punto, resulta conveniente establecer las diferencias que median entre el deber de alimentar a los hijos que prevé el artículo 110 CC de la obligación legal de alimentos de los artículos 142 y ss. CC.

En primer lugar, el deber de alimentos del artículo 110 CC se impone solo a los padres⁴⁷, mientras que los alimentos previstos en los arts. 142 y ss. CC tiene carácter recíproco (art. 143 CC): es posible por tanto, que sean los hijos quienes sean deudores de la prestación alimenticia en relación con sus padres.

En segundo lugar, la necesidad del alimentista que constituye el presupuesto básico de la obligación prevista en los artículos 142 y ss. CC no tiene por qué concurrir en relación con el deber del art. 110 CC. Ello genera diversas consecuencias. El art. 110 CC contempla la satisfacción de necesidades básicas vitales que no es preciso acreditar y prescinde del criterio de proporcionalidad entre las necesidades del alimentista y los recursos del alimentante (art. 146 CC).

En tercer lugar, la posibilidad de elección en cuanto al modo de satisfacer los alimentos que ofrece el art. 149 CC no es predicable de los alimentos previstos en el art.

⁴⁶ Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos.

⁴⁷ Sin perjuicio de la contribución equitativa de los hijos, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas familiares en caso de convivencia (art. 155.2º CC).

110 CC. El deber de velar por los hijos se ve infringido si el progenitor paga una pensión para negarse a convivir con el hijo. Obviamente, un criterio distinto se deberá aplicar en situaciones de crisis familiar.

En cuarto lugar, las causas de extinción de la obligación de alimentos (art.152 CC) son difícilmente trasladables al deber de alimentar del art.110 CC⁴⁸. La razón es fácilmente explicable en la medida que esas causas toman en consideración diversos elementos relevantes a los efectos del mantenimiento de la obligación legal de los alimentos entre parientes, pero esos elementos no son decisivos en cuanto al deber de prestar alimentos a los hijos menores.

Una vez finalizada la exposición de las consideraciones generales, se hace necesario hacer una breve reflexión al matrimonio putativo, ya que nos ayudará a entender y resolver el caso de manera correcta.

c) Matrimonio putativo

El matrimonio putativo es una institución que se apoya en el principio de protección de la apariencia y en el de protección al cónyuge de buena fe. Se regula en el artículo 79 CC, en el cual se expresa que la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe⁴⁹. La buena fe de los contrayentes se presume.

El matrimonio putativo debe cumplir los siguientes requisitos:

- a) Debe existir un mínimo de apariencia objetiva de celebración del matrimonio, es decir, una cierta forma pública de matrimonio, aunque no es necesario que esté inscrito en el Registro Civil.
- b) Se requiere una sentencia firme de nulidad matrimonial.
- c) Suele exigirse la buena fe en alguno de los contrayentes, de forma que aunque exista mala fe de los dos cónyuges el matrimonio será putativo para los hijos.

Respecto de los cónyuges, existe buena fe si se desconoce que existe una causa por la que el matrimonio es declarado nulo, independiente de que sea excusable o no. Por lo tanto basta con que exista buena fe en el momento de la celebración del matrimonio. Si ambos actuaron de buena fe se conservan los siguientes efectos:

- a) La situación personal de cada cónyuge es la de ex cónyuge.
- b) Ninguno puede solicitar el reembolso de lo aportado o gastado para atender a las necesidades del otro.
- c) Se conserva la emancipación legal adquirida por matrimonio.
- d) Se conserva el cambio de vecindad civil y la nacionalidad adquirida por residencia abreviada de un año.
- e) Cada cónyuge tiene derecho a obtener del otro la indemnización prevista en el artículo 98 CC.
- f) Los derechos sucesorios de un cónyuge sobre la herencia del otro solamente se conservan hasta la declaración de nulidad.

⁴⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: “Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia”. Universidad de Madrid. Madrid. 1989. Pág. 520.

⁴⁹ SAP de Murcia, 13 de marzo de 2000 [ROJ: 686/2000].

Respecto de los hijos, los efectos producidos durante el matrimonio no se invalidan, independientemente de si los contrayentes actuaron de buena o mala fe. Además esos efectos se mantienen tras la sentencia de nulidad, pues la nulidad no exime a los padres de sus obligaciones con los hijos (art.92.1 CC).

d) Pensión de alimentos a Lucía y Antonio

Como resultado del análisis hecho en los dos apartados anteriores, se entiende la obligación de los cónyuges de realizar el pago de la pensión de alimentos a Lucía.

Como ya se dijo antes, el matrimonio putativo no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos ni de los contrayentes de buena fe.

Con respecto a Felipe y Leticia, se van a conservar los efectos mencionados en el apartado anterior ya que actuaron de buena fe a la hora de contraer matrimonio. Además que la buena fe se presume, de forma que aunque Felipe y Leticia sabían que eran tía y sobrino, en el caso se hace ver que no estaban al tanto de que existía una prohibición que impidiese el matrimonio entre los dos.

Con respecto a Lucía, es hija en común de Felipe y Leticia, de forma que al romper el vínculo matrimonial se debe satisfacer una pensión de alimentos ya que es una obligación/deber impuesto por el Código civil a los progenitores para garantizar la subsistencia de los hijos. En el caso que nos ocupa, los ingresos y capacidad económica de Felipe son elevados al percibir mensualmente la cantidad de cinco mil euros, lo que a la hora de fijar la cuantía de la pensión se tendrá en cuenta que sea proporcional al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.

La pensión a Lucía debe incluir todo lo necesario para garantizar el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación, siendo responsable el cónyuge que ostente la custodia de administrar el dinero para su correcta utilización en dichos aspectos. El deber de alimentar a los hijos menores tiene como finalidad principal proporcionarles una asistencia económica para atender a sus necesidades principales.

La pensión de alimentos de Antonio es un tema más conflictivo, hay que recordar que la adopción no fue válida. Por ello, Felipe no tiene obligación legal alguna respecto a Antonio. De forma que, a efectos del Código civil, Felipe no tiene obligación de hacerse cargo de los alimentos de Antonio, ya que en la Ley no se incluyen los hijos del cónyuge como beneficiarios de una pensión de alimentos.

Desde el punto de vista moral, al existir una situación de convivencia prolongada en el tiempo y al ejercer Felipe las relaciones paterno-filiales, ejecutando la custodia de hecho de Antonio, lo coherente y lógico, en aplicación del Código civil y ante las necesidades evidentes de subsistencia del hijo del cónyuge y de no dejarlo desamparado, podría darse la situación, que en beneficio del menor, se establezca unos deberes de velar, alimentar, educar y procurar una formación integral del hijo menor de su cónyuge. Aunque insistimos, como se dijo anteriormente, la adopción no es válida y, por tanto, no existe obligación legal alguna por parte de Felipe.

IV.- ¿A QUIÉN DEBE ATRIBUIRSELE EL USO DE LA VIVIENDA (DONDE RESIDEN ACTUALMENTE, SITUADA EN LUGO)?

1. INTRODUCCIÓN

En esta cuestión se van analizar los aspectos referentes a la atribución de la vivienda familiar para los casos de crisis matrimoniales, además, del punto de vista de la jurisprudencia mayoritaria a la hora de determinar tal atribución. Finalmente, el principio de interés de menor y la situación desfavorecida del cónyuge como principios rectores a la hora de que el juez determine a quien se le otorga el uso de la vivienda familiar.

2. MEDIDAS SOBRE LA VIVIENDA Y EL AJUAR DOMÉSTICOS

La atribución del uso de la vivienda familiar es una de las cuestiones más conflictivas en los procesos de crisis matrimoniales. Al margen de quien sea el cónyuge propietario del inmueble, el artículo 96 del Código civil dispone que: *“el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”*. Puede suceder que siendo la vivienda privativa⁵⁰ de uno de ellos o común, el uso de inmueble se atribuya al cónyuge al que se le conceda la custodia de los hijos menores⁵¹.

Lo cierto es que el art. 96 CC presta escasa atención al interés del cónyuge a quien no se concede el uso de la vivienda familiar⁵², ya que su finalidad primordial es asegurar el interés preferente del menor a seguir teniendo cubierta su necesidad de habitación y, en su caso, el del otro consorte, cuando su interés sea el más necesitado de protección⁵³.

Como puede verse, la aplicación del art. 96.1 CC provoca consecuencias injustas, y claramente perjudiciales desde el punto de vista patrimonial para el cónyuge desposeído

⁵⁰ Son bienes privativos o propios aquellos que en el régimen patrimonial del matrimonio pertenecen exclusivamente a uno de los cónyuges. Comprenden aquellos bienes adquiridos anterioridad al matrimonio o durante el mismo los recibidos por herencia, legado o donación.

⁵¹ CUENA CASAS, M.: *“uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”*. Revista de Derecho Civil ISSN 2341-2216 vol. I, núm. 2 (abril-junio, 2014) Estudios. Págs. 9-39

⁵² El precepto se refiere, exclusivamente, a la “vivienda familiar”, esto es, a la vivienda principal en la que habitualmente residen los miembros de la familia. No entran, pues, dentro de este concepto las casas que sólo son habitadas durante una parte del año, por ejemplo, en vacaciones; y tampoco, según constata la STS 9 mayo 2012 [RAJ: 2012/5137], las segundas residencias o los locales en los que se ejerce una profesión o negocio, cuya atribución (salvo que otra cosa acuerden las partes) “debe efectuarse de acuerdo con las reglas del régimen económico-matrimonial que rija las relaciones entre cónyuges”.

⁵³ GIL MEMBRADO, C.: *“La vivienda familiar”*. Editorial Reus. Madrid, 2013. Pág. 9 y ss.; LUQUE JIMÉNEZ, M.C.: *“La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial”*. Madrid. 2012, pág. 23 y ss.

de la vivienda, al tiempo que el beneficiado por el “uso exclusivo, indefinido y gratuito” de la misma obtiene un derecho de alto valor económico⁵⁴.

Ante tal situación un sector de la doctrina sostiene que la regla del art. 96.1 CC no debe considerarse imperativa, debiendo entenderse que el precepto se limita a establecer una presunción “iuris tantum” de que el interés más necesitado es el de los hijos⁵⁵, postura que permite tener en cuenta las circunstancias concurrentes para decidir sobre la asignación del uso de la vivienda familiar. De hecho, en la doctrina de las Audiencias hay casos, aunque excepcionales, en los que no se ha atribuido a los hijos y al cónyuge con el cual conviven la vivienda familiar, asignándose su uso al progenitor no custodio, por entenderse que, en el supuesto enjuiciado, no podía considerarse el interés de los hijos el más necesitado de protección. Así, por ejemplo, cuando el guardador dispone de vivienda adecuada, mientras que el propietario de la vivienda familiar carece de otra en que alojarse⁵⁶, cuando el esposo no guardador sufre una grave enfermedad⁵⁷, o cuando el cónyuge y los hijos que con él conviven han venido residiendo desde la ruptura en otra vivienda⁵⁸.

Sin embargo, tales resoluciones son minoritarias, y se enfrentan a la rigurosa postura que ha venido manteniendo el TS en torno a la interpretación de la regla primera del art. 96. Así, en la Sentencia de 30 de septiembre de 2011, el Tribunal rechazó la posibilidad de que los hijos menores y el cónyuge custodio habitaran en una vivienda de alquiler, de similares características que la vivienda familiar, a conveniencia de estos y costeadas por el padre (titular privativo de la vivienda familiar), afirmando que tal posibilidad alteraba “el sistema legalmente establecido en referencia al uso de la vivienda familiar, tal como aparece en el art. 96.1 CC.”. Añadió que el citado precepto “no permite imponer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo”, y que la solución propuesta en la sentencia recurrida suponía “la vulneración de los derechos de los hijos menores⁵⁹”. Tales afirmaciones sólo se explican partiendo de una interpretación puramente literal del art. 96 porque, aun cuando se piense que la finalidad de dicho precepto no es sólo cubrir la necesidad de vivienda de los hijos, sino también mantenerlos en un entorno de vida similar al que tenían antes de la ruptura⁶⁰.

Pese a lo dicho, no puede desconocerse que otras decisiones del TS han venido a suavizar algunas de las inequitativas consecuencias que ha venido provocando el

⁵⁴ STS de 17 octubre de 2013 [RJ 2013\7255]

⁵⁵ SALAZAR BORT, S.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial”. Navarra, 2001. Págs. 90 y ss.; GONZÁLEZ POVEDA, P.: “Vivienda familiar. Criterios para la atribución de su uso en los procesos matrimoniales”, AAVV, Problemas candentes en los procesos de familia. Madrid. 1995. Pág. 163 y ss.

⁵⁶ SAP Navarra de 28 junio de 2000 [AC 2000/ 1677]; SAP Navarra. 5 de mayo de 1995 [AC 1995/ 1067]; SAP Barcelona, 24 de marzo de 2000 [JUR 2000/ 183050].

⁵⁷ SAP las Palmas, 1 de julio de 2003 [JUR 2004/ 24306]; SAP Badajoz, 30 de abril de 2003 [AC 2003/ 602].

⁵⁸ SAP Cáceres, 24 de febrero de 2000 [JUR 2000/109735]; SAP La Coruña, 23 de marzo de 2000 [JUR 2000/280768]; SAP Barcelona, 20 de octubre de 2003 [JUR 2003/259674]; SAP León, 12 de mayo de 2006 [JUR 2006/187991].

⁵⁹ STS de 30 de septiembre de 2011 [RJ 2011/7387].

⁶⁰ Un sector de la doctrina afirma de que la atribución de la vivienda familiar a los hijos y el cónyuge custodio se explica por la necesidad de dotar de estabilidad a los menores garantizándoles el entorno social y escolar que les permita preservar los vínculos establecidos con lugares y personas.

reiterado art. 96.1 CC. De un lado, a raíz de la doctrina sentada en las Sentencias del TS⁶¹ que declaran la extinción del derecho de uso tras la adquisición por el beneficiario de una vivienda cabe mantener que no procede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio si éste dispone de otro inmueble apto para cubrir las necesidades de alojamiento del menor, conclusión ésta que hasta la fecha no resultaba nada clara partiendo de una interpretación rigorista del art. 96.1 pero que puede sustentarse de acuerdo con dichas sentencias, en la doctrina del abuso del derecho (art. 7.1 CC).

Para finalizar este apartado exponer que de existir hijos menores, entiendo que, debe considerarse prioritaria la defensa de su interés (art. 2 LOPJM), de forma que el interés de los hijos ha de protegerse en todo caso. El interés superior de los menores es el consistente en proporcionarles una vivienda apropiada. No creo que la asignación del uso de la vivienda familiar deba hacerse sobre la base de un eventual interés de los hijos en permanecer en el domicilio familiar, que obligue a atribuirles, a ellos y el cónyuge custodio, dicho inmueble como regla general.

Por otra parte, el objetivo a perseguir en toda crisis matrimonial debería ser, no sólo asegurar que los hijos cuenten con una vivienda adecuada sino también, en la medida de lo posible, que queden suficientes recursos como para que el progenitor no custodio pueda disponer de su propio alojamiento (art. 47 CE), apto tanto para él como para sus hijos cuando estén en su compañía. Por ello, para el supuesto en que la necesidad de proporcionar a los menores una vivienda adecuada a sus necesidades exija privar a alguno de sus progenitores del uso del domicilio familiar, es necesario articular mecanismos que permitan reparar adecuadamente tal disminución patrimonial.

En definitiva, como ha reconocido recientemente el TS, el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño. Esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de las crisis matrimoniales para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros⁶².

3. ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA SITUADA EN LUGO

En primer lugar, es necesario destacar que la vivienda de Lugo donde residen habitualmente es un bien de carácter privativo, ya que una semana antes de la celebración de la boda, la madre de Felipe les regaló la casa y la inscribió a nombre de su hijo. Por tanto, al tratarse de un bien que ya era de Felipe antes del matrimonio tendría dicha consideración⁶³.

⁶¹ STS de 29 de marzo de 2011 [RJ 2011/3021] y STS de 5 de noviembre de 2012 [RJ 2012/10135].

⁶² STS de 17 de junio de 2013 [RJ 2013/4375] y STS de 17 de octubre de 2013 [RJ 2013/7255].

⁶³ La vivienda situada en Lugo es una donación por razón de matrimonio: según el artículo 1339 CC, los bienes donados conjuntamente pertenecerán pro diviso y por partes iguales, salvo que el donante haya

En segundo lugar, con respecto a la custodia de los hijos, entiendo que Leticia va a ostentar la custodia exclusiva de los hijos, debido a que es víctima de un supuesto de violencia de género cometido por Felipe al pegarle varios golpes antes de llevarse a cabo la ruptura del matrimonio. Para que sea así, es necesario obtener una sentencia condenatoria en la que se condene a Felipe por un delito de violencia de género.

El artículo 2 de la LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno "libre de violencia " y que en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Así mismo, el artículo 92.7 del Código civil expresa que: *“no procederá la guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal incoado por intentar contra la vida física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”*.

Además, según jurisprudencia del Tribunal Supremo se llega a la conclusión de que para poder llevar a cabo la custodia compartida⁶⁴ de los hijos debe existir una relación de respeto mutuo en las vidas personales de los padres que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no 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. Y es que una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos, razones que justifican el mantenimiento de la guarda y custodia de los hijos en favor de la madre⁶⁵.

Otra variante jurisprudencial es la que considera que los hijos no son víctimas ni directas ni indirectas de la violencia, de forma que en este caso sí que se podría llegar a dar la custodia compartida⁶⁶.

dispuesto otra cosa. En el caso se hace referencia a que la madre de Felipe (donante) decide inscribir la casa a nombre de su hijo, por tanto la donación se hace con carácter privativo para Felipe.

⁶⁴ Se puede definir la custodia compartida como aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la relación de pareja, en la que tanto el padre como la madre están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores. Sin olvidar, tal como dice el Tribunal Supremo, en Sentencia de la Sala Primera, de lo Civil, de 11 de marzo de 2010 [ROJ 963/2010]: *“la guarda compartida no consiste en «un premio o un castigo» al progenitor que mejor se haya comportado durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determinan lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el interés del menor”*.

⁶⁵ SSTs de 26 de octubre de 2016 [ROJ 4634/2016] y de 29 de marzo de 2016 [ROJ 1289/2016] y SAP Málaga 9 de marzo de 2016 [ROJ 879/2016].

⁶⁶ STSJ de Cataluña de 12 de marzo de 2015 [ROJ 543/2015].

Por todo lo expuesto, entiendo que se va a otorgar la custodia exclusiva de los hijos a Leticia por ser víctima de un delito de violencia de género por parte de Felipe, siendo imposible llevar a cabo la custodia compartida por ambos padres, debido a la mala relación que existe entre ellos, lo que ocasiona un obstáculo a la hora de realizar juntos la custodia de los hijos. Este va a ser un aspecto fundamental a la hora de determinar a quién debe atribuírsele el uso de la vivienda familiar, aspecto que va a ser analizado a continuación.

Con respecto al uso de la vivienda situada en Lugo, pese a ser un bien de carácter privativo de Felipe, entiendo, que al ser la vivienda familiar⁶⁷ y para que no suponga una perturbación en el desarrollo emocional de los hijos debido al cambio de domicilio, se queden los hijos con el cónyuge custodio en la vivienda familiar, es decir, que Leticia, Antonio y Lucía se queden en la vivienda situada en Lugo.

Para fundamentar el uso de la vivienda familiar por parte de Leticia 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.

Está claro que el principio protegido en esta disposición es el interés del menor que requiere alimentos. Además de la protección al cónyuge más desfavorecido, cabe recordar que Leticia siempre ha estado mantenida por Felipe y en el caso no se hace mención de que disponga de un trabajo de carácter estable ni de ingresos propios, ya que a lo que se dedicaba Leticia era a escribir en su blog de moda y al cuidado de la casa, sin recibir ingresos de lado alguno.

Es interesante destacar, que si los progenitores están de acuerdo en virtud del principio de autonomía de la voluntad, puede establecerse otra solución siempre que no afecte a los derechos de los menores, pero cuando no hay pacto entre los cónyuges el juez está sometido al imperio de la Ley, y el artículo 96.1 del CC no permite imponer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras lo sigan siendo, porque el interés que se protege en dicho artículo no es la propiedad de la vivienda, sino los derechos que tienen los menores ante la crisis de la convivencia de sus progenitores.

Por lo tanto, la atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección que se aplica con independencia del régimen económico o de la forma de titularidad acordada entre sus propietarios.

Por todo lo expuesto, debido al principio de interés del menor y a la situación desfavorecida del cónyuge custodio, entiendo que el uso de la vivienda familiar corresponde a Lucía y por consiguiente a Leticia, al ser quien ostenta la custodia. También vivirá en la casa Antonio, ya que es un menor no emancipado que depende en todos los aspectos de su madre.

⁶⁷ Por vivienda familiar se entiende aquella donde tiene lugar la convivencia de la pareja que existe y se mantiene aunque ambos convivientes o cónyuges no vivan en ella permanentemente, por lo que ante un cese de la convivencia seguirá siendo vivienda familiar aquel primitivo hogar.

V.- ¿LAS ACTUACIONES DE FELIPE SON CONSTITUTIVAS DE DELITO?

1. CONSIDERACIONES GENERALES A LA VIOLENCIA DE GÉNERO

El artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género define la violencia de género como toda conducta que atenta contra la dignidad e integridad física y moral de las mujeres por el hecho de serlo, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Comprende todo acto de violencia física y psicológica, inclusive las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.

La violencia de género pretende destacar una forma específica de violencia que presenta elementos que incrementan adicionalmente su injusto en comparación con el desvalor propio de las relaciones de parentesco y convivencia en las que se inserta. Estos factores son:

- a) La situación de subordinación o sometimiento. Se adecúa a lo establecido en la LO 1/2004 que, en su art. 1.1, indica que persigue actuar contra la violencia en cuanto “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”. No es una simple agresión ejercida contra las mujeres que se encuentran en un contexto conyugal o asimilado. Se habla de violencia en una situación de dominio que no sólo tiene consecuencias en la integridad física y psíquica de la víctima, también alcanza otros bienes jurídicos como la libertad y la integridad moral.
- b) La mayor vulnerabilidad (fragilidad e indefensión) de la mujer que se encuentra en una posición subordinada o de sometimiento. El desvalor de la conducta del agresor es mayor porque abusa de esa situación de dominio o superioridad sobre la víctima.

Para exponer de forma correcta el tema es necesario establecer la diferencia con la violencia doméstica. Ésta se puede definir como toda la violencia ejercida por cualquiera de las personas descritas en el artículo 173.2 del Código Penal⁶⁸, sobre las personas que el mismo artículo indica, lo cual otorga especial protección, ya sea por situación de dependencia entre agresor y víctima o por una relación legal, la cual otorga una especial protección a la víctima. Este artículo no establece un numerus clausus de relaciones que se encuentran dentro del amparo del mismo, sino que deja abierta una puerta para incluir

⁶⁸ Artículo 173.2 CP: “El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o 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 conviviente, o 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”.

otros supuestos, por este motivo es necesario determinar si en el caso concreto aplicamos los preceptos generales o los relativos a la violencia doméstica⁶⁹.

En el artículo 153 CP se incluyó un nuevo precepto en el que se castiga como delito causar un menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el artículo 147.2 CP o golpear o maltratar de obra sin causar lesión, siempre que la víctima sea alguna de las siguientes clases de personas:

- a) Mujer que es o ha sido esposa del autor, o mujer que está o ha estado ligada al autor por análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.
- b) Cónyuge o ex-cónyuge, o persona que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad aun sin convivencia (exceptuando mujeres previstas en el apartado anterior).
- c) Descendientes, ascendientes o hermanos, por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente.
- d) Menores o incapaces que con él convivan o se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento del cónyuge o conviviente.
- e) Persona amparada en cualquier otra relación por la que esté integrada en el núcleo de convivencia familiar.
- f) Personas que por su especial vulnerabilidad estén sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

Esto motivó numerosas críticas, en primer lugar, por considerarse que suponía una vulneración del principio de proporcionalidad, al castigar con penas de prisión conductas poco peligrosas para la integridad física. El Tribunal Constitucional rechazó esta objeción mediante ATC 233/2004, de 7 de junio, en el que entendió que existía proporcionalidad, dada la especial problemática de la violencia de género en nuestro Estado⁷⁰.

En segundo lugar, se planteó la posible vulneración del principio de igualdad, al tener más pena el delito del hombre a mujer que de mujer a hombre.

El TC, de nuevo, rechazó esta idea mediante STC 59/2008, entendiendo que la violencia de hombre a mujer denota un lesividad superior a la de otras formas de agresión, puesto que, junto a la afectación a la integridad física de la víctima, se reproduce un modelo de conducta de discriminación y sometimiento de la mujer al hombre⁷¹.

Este delito tiene una posibilidad de agravación, según el artículo 153.3 CP, cuando se haya cometido en presencia de menores, utilizando armas, en el domicilio común o de la víctima, o quebrantando penas del artículo 48 CP (por ejemplo, orden de alejamiento).

Dentro de los tipos de violencia de género se encuentra la física y la psicológica, las cuales se van analizar en los apartados siguientes, con el fin de resolver el supuesto planteado.

⁶⁹ DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: “El concepto de “violencia de género” de la lo 1/2004 en el sistema penal: fundamento, trascendencia y efectos”. Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal núm. 27/2012 parte Doctrina. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2012. Pág. 10 y ss.

⁷⁰ ATC de 7 junio de 2004 [RTC 2004\233]. ATS de 6 marzo de 2014 [JUR 2014\96810].

⁷¹ STC de 14 mayo de 2008 [RTC 2008\59].

2. VIOLENCIA FÍSICA

La violencia física incluye cualquier acto de fuerza contra el cuerpo de la mujer, con resultado o riesgo de producir lesión física o daño, ejercida por quien sea o haya sido su cónyuge o esté o haya estado ligado a ella por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia.

Asimismo, tendrán la consideración de actos de violencia física contra la mujer los ejercidos por hombres en su entorno familiar o en su entorno social y/o laboral, por ejemplo, acoso, violación, penetración de objetos, tocamientos y contactos no deseados, mutilación genital, empujones, tirones de pelo, bofetadas, golpes, patadas, quemaduras, mordeduras, estrangulamiento, puñaladas, tortura, pudiendo llegar al extremo del asesinato.

En el supuesto a tratar, Felipe tras llegar tarde de trabajar y con unas copas de más, le propina varios golpes a Leticia que la tiran al suelo, provocándole un esguince de tobillo y unos fuertes dolores cervicales. Por tanto, estaríamos hablando de un delito de lesiones agravado por la relación conyugal que existe entre el autor y la víctima.

Cabe destacar que, los malos tratos en el ámbito familiar, son siempre constitutivos de delito de lesiones⁷².

La normal general, recogida en el art. 147 CP, señala que una lesión sólo será constitutiva de delito cuando se cumplan dos requisitos: haya asistencia facultativa y, adicionalmente, un tratamiento médico o quirúrgico. Cuando esto no suceda el comportamiento realizado será objeto de sanción, como delito leve. Por consiguiente, el delito leve doloso de lesiones tiene un carácter residual o subsidiario respecto al art. 147.1 y 2 CP⁷³.

No obstante, el delito leve podrá ser sancionado, por la vía del art. 153 CP. Se podrá imponer si se cumplen tres requisitos: siempre que haya una lesión no constitutiva de delito: golpear o maltratar de obra sin causar lesión o producir un menoscabo psíquico o lesión no definida como delito⁷⁴.

Una vez que se haya decidido emplear el art. 153 CP habría que estimar si concurren algunas de las circunstancias agravantes o si la conducta puede atenuarse. Se aplicará de manera agravada (mitad superior) si se comete el delito en presencia de menores; utilizando armas; en el domicilio común o de la víctima; quebrantando una pena del art. 48 CP o una medida cautelar o medida de seguridad de la misma naturaleza (art. 153.3

⁷² Los malos tratos son las situaciones en que las mujeres reciben agresiones físicas (golpes, palizas, violaciones, etc., limitaciones de su movilidad, encierros, prohibiciones) y/o agresiones psíquicas (vejaciones, desvalorizaciones, humillaciones, etc.) por parte de sus cónyuges, de sus parejas o de sus exparejas.

⁷³ El Proyecto de CP 2013 se desprende de estos requisitos. Se establece una graduación en las lesiones delictivas en función de su gravedad. Cuando sea grave por el art. 147.1 y ss. CP, cuando sea leve por el art. 147.2 CP, cuando haya un maltrato que no genere lesión por el art. 147.3 CP. Las faltas desaparecen.

⁷⁴ El art. 153 CP representa en el modelo actual al fijar que toda lesión será delictiva. Pasa a ser un tipo que agrava por la violencia de género o doméstica los ataques leves contra la integridad personal, conductas que, con carácter general y cuando no concurre tal circunstancia, serán sancionadas por los arts. 147.2 y 3 CP.

CP). También será posible atenuar (rebaja en un grado) en función de las circunstancias personales del autor y las concurrentes cuando se realizó el hecho (art. 153.4 CP)

Haciendo mención a nuestro caso, no puede ser encuadrado dentro del tipo básico de lesiones, ya que, en primer lugar Leticia no necesita un tratamiento médico o quirúrgico, debido a que el uso del collarín o los analgésicos⁷⁵ para el dolor que le receta el doctor a Leticia no pueden ser considerados más allá de una mera asistencia médica⁷⁶. Por lo tanto desde esta perspectiva, y sin tener en cuenta la relación existente entre Felipe y Leticia, estaríamos ante un supuesto delito leve de lesiones, castigado con la pena de multa de uno a tres meses.

Al existir una relación conyugal, la lesión provocada por Felipe a Leticia debe ser encuadrada dentro del supuesto del artículo 153 CP. De forma que el delito leve de lesiones cometido será agravado por ser Felipe el cónyuge de Leticia, por ello, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o con trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días.

Asimismo, la pena será impuesta en su mitad superior al ser uno de los casos del artículo 153.3 CP. Debido a que el delito ha sido cometido en el domicilio común⁷⁷. Además, aunque el caso no lo expresa, si el delito fuese cometido en presencia de menores, también supondría la pena superior en grado⁷⁸.

Para finalizar este apartado, recordar que en el presente caso, el alcance de las lesiones no llegan a precisar un tratamiento médico o quirúrgico posterior a una primera asistencia facultativa, pero eso no excluye la existencia de dicha agresión, situándonos, debido a esa falta de asistencia médica, en el escenario más favorable para Felipe como acusado del delito de lesiones, es decir, estaríamos ante un supuesto que, de no mediar la relación sentimental entre las partes, hubiesen constituido un simple delito leve⁷⁹. Pero dicho

⁷⁵ El “tratamiento farmacológico” puede o no constituir tratamiento médico. Para que lo constituya, es preciso que la ingesta de fármacos o analgésicos prescritos por el médico vaya acompañada de otros menoscabos físicos objetivados mediante el oportuno dictamen médico. STSS de 12 de febrero de 2007 [RJ 2007/792]; de 4 de marzo de 2005 [RJ 2005/4114]; de 15 de diciembre de 2004 [RJ 2005/44]; de 1 de diciembre de 2004 [RJ 2005/365]; de 22 de marzo de 2002 [RJ 2002/4479]; de 22 de enero de 1999 [RJ 1999/275].

⁷⁶ Según la SAP Barcelona de 8 de junio de 2012 [JUR 2012/310055]: “la instauración de un collarín cervical será, o no, tratamiento preciso e indispensable para obtener una curación, por ejemplo, en fracturas o alteraciones óseas de las cervicales. Y no lo será si responde a criterios cautelares, no precisos para obtener la curación, como por ejemplo en esguinces sin alteraciones óseas, de modo que aquel hubiera curado sin la instauración del collarín. Esto es, todo aquello que significa simples cautelas o medidas de presunción, sometido a observación si éste no genera intervenciones corporales propiamente dichas no será tratamiento”.

⁷⁷ PUGA GÓMEZ, S.: “Agravación por domicilio en los delitos de violencia de género. Jurisprudencia crítica”. Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 740/2007 parte Comentario. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2007.

⁷⁸ El CP vigente de 1995 no contempla como agravante genérica el domicilio, si bien establece en su artículo 22.2 como agravante “ejecutar el hecho (...) aprovechando las circunstancias de lugar (...) que debilite la defensa del ofendido o facilite la impunidad del delincuente”.

⁷⁹ SAP Málaga de 3 febrero de 2015 [JUR 2015\225370].

menoscabo físico, pese a que Leticia no necesitase asistencia médica posterior, entiendo, que queda suficientemente acreditada con las pruebas médicas que realiza el doctor. Por tanto Felipe sería condenado como autor de un delito del artículo 153.1 y 3 del Código Penal a la pena de nueve a doce meses de prisión o de treinta y uno a ochenta días de trabajos en beneficio de la comunidad, al haberse verificado la agresión en el interior del domicilio de la pareja sentimental⁸⁰.

3. VIOLENCIA PSICOLÓGICA

La violencia psicológica incluye toda conducta, verbal o no verbal, que produzca en la mujer desvalorización o sufrimiento, a través de amenazas, humillaciones o vejaciones, exigencia de obediencia o sumisión, coerción, insultos, aislamiento, culpabilidad o limitaciones de su ámbito de libertad, ejercida por quien esté o haya estado ligado a ella por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia.

Asimismo, tendrán la consideración de actos de violencia psicológica contra la mujer los ejercidos por hombres en su entorno familiar o en su entorno social y/o laboral. Serían ejemplos de violencia los chistes, bromas, comentarios, amenazas, aislamiento, desprecio, intimidación e insultos en público, desigualdad en el reparto de los recursos comunes o la negativa a que la mujer salga sola de casa.

En el caso a tratar, vamos a tratar tres aspectos: el acoso, los menosprecios constantes, junto con las situaciones de humillación y las amenazas con las que Felipe controla la vida de Leticia.

El acoso aparece regulado en el artículo 172 ter CP. Tal como se desprende del precepto, se castiga el hecho de acosar, llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas descritas. Es decir, se exige que nos hallemos ante un patrón de conducta, descartando actos aislados. Se exige igualmente una estrategia sistemática de persecución, integrada por diferentes acciones dirigidas al logro de una determinada finalidad que las vincule entre ellas. Se exige que la conducta típica altere gravemente el desarrollo de la vida cotidiana del sujeto pasivo.

El apartado cuarto del precepto establece la necesidad de denuncia de la persona agraviada o de su representante legal como requisito de procedibilidad, pero no se requerirá denuncia previa cuando el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP ya citadas en apartados anteriores.

Para ser punible, el acoso deberá realizarse a través de alguna de estas cuatro modalidades de conducta: vigilar, perseguir o buscar la cercanía física de la víctima. Establecer o intentar establecer contacto con la víctima a través de cualquier medio de comunicación o por medio de terceras personas. 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 la víctima. Atentar contra la libertad o el patrimonio de la víctima o de alguna persona próxima a la víctima.

Haciendo referencia al caso, Felipe ejerce un control sobre Leticia llamándola y exigiendo saber dónde está en todo momento. Sí es cierto que existe un patrón, ya que las

⁸⁰ STS de 16 de octubre de 1986 [RJ 1986/5623].

acciones de Felipe se dan de forma continuada, pero no creo que tales acciones provoquen una alteración en el desarrollo de la vida cotidiana de Leticia. Por tanto, entiendo, que las acciones de control, llevadas a cabo por Felipe no son susceptibles de ser consideradas como un delito de acoso del artículo 172 ter CP.

Otro delito que se puede contemplar es el recogido en el artículo 173.4 CP en cuanto a las vejaciones o injurias de carácter leve en el ámbito familiar. Para que se den estas vejaciones, conforme a la jurisprudencia del TS, se entiende que la habitualidad en estos delitos no debe considerarse como multirreincidencia sino como la repetición de estos actos de idéntico contenido lesivo entre el autor y la víctima. Es decir, este artículo pretende castigar una serie de malos tratos continuados en los que no se requiere el efectivo menoscabo de la salud⁸¹. Con relación al caso, podemos encontrar situaciones donde podría darse este tipo penal, como por ejemplo: *“su marido como siempre no para de menospreciar su trabajo, porque “es lo menos que tiene que hacer si yo soy el que trabajo”*. Esta actitud se repite cada vez que hay una comida familiar”.

En este caso, Felipe podría ser autor de un delito de vejaciones o injurias de carácter leve en el ámbito familiar. Se fundamenta tal afirmación en que Felipe ocasiona esas situaciones de humillación de forma continuada, ya que el caso expresa que lo hace cada vez que hay una comida familiar. Por tanto, en caso de que Felipe fuere declarado culpable por este delito recogido en el art. 173.4 CP, podría someterse a una pena de localización permanente de cinco a treinta días, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, esta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el artículo 84.2 CP⁸².

Con respecto a las amenazas llevadas a cabo por Felipe a Leticia (*Felipe le propina un empujón a su mujer diciéndole que es libre de irse, pero que si lo hace no va volver a ver a sus hijos*) entiendo que estamos ante un supuesto delito de amenazas en el ámbito familiar que se encuentra regulado en el artículo 169 CP. Estamos ante una amenaza grave, ya que Felipe amenaza a Leticia con no volver a ver a sus hijos, lo que da a entender que les puede quitar la vida u ocasionarles otros males, tales como lesiones, delitos contra la libertad, etc.⁸³

Subsidiariamente, para el caso en que no se estime el supuesto del artículo 169 CP, se podría alegar que los hechos constituirían un delito de amenaza leve contra la mujer recogida en el artículo 171.4 CP, al ser Leticia su cónyuge⁸⁴.

⁸¹ STS de 23 mayo de 2006 [RJ 2006\3339] y STS de 13 julio de 2006 [RJ 2006\9595].

⁸² Art. 84.2 CP: *“Si se hubiera tratado de un delito cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección para que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, el pago de la multa a la que se refiere la medida 2º del apartado anterior solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común”*.

⁸³ SAP Málaga de 3 de febrero de 2015 [ROJ 1312/2015].

⁸⁴ STS de 19 de mayo de 2017 [ROJ 1980/2017] y SAP Oviedo de 27 de abril de 2017 [ROJ 1196/2017].

CONCLUSIONES FINALES

Para una explicación más completa me remito al trabajo, donde cada apartado finaliza con una solución extensa a las preguntas. Sin embargo, sí considero conveniente, a efectos recopilatorios, hacer un resumen final que permitirá tener una visión global del caso y a la vez dar respuesta en pocas líneas a los interrogantes planteados en el supuesto.

Cuestión 1: En la primera pregunta se va a responder si la pareja de hecho y el matrimonio entre Felipe y Leticia fueron constituidos válidamente.

En cuanto a la pareja de hecho, Leticia y Felipe cumplen todos los requisitos dispuestos en la Ley 18/2001, de parejas estables de las Islas Baleares, a excepción del requisito de no poder constituir pareja estable quienes estén unidos por vínculo de parentesco colateral hasta el tercer grado. Es decir, no cumplen un requisito indispensable para poder llevar a cabo la inscripción. Por lo tanto, la pareja de hecho inscrita el 2 de agosto de 2014 en el Registro de Parejas de Hecho de Palma de Mallorca no es válida al no cumplir dicho requisito. Además, no existe en la Ley de Parejas Estables ni en la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares ningún precepto que estipule dispensa alguna respecto del requisito de parentesco colateral hasta tercer grado.

En lo que respecta al matrimonio constituido entre Felipe y Leticia, hay que analizar la falta de capacidad matrimonial.

Según el artículo 47 CC, el matrimonio sería nulo al existir un impedimento por razón de parentesco hasta el tercer grado. Cabe destacar, que en algunos casos sería dispensable esta falta de capacidad, cuando el Juez así lo determine al existir una justa causa (art.48 CC). En el caso de Felipe y Leticia entiendo que va a ser difícil obtener la dispensa ya que solo llevan dos años de relación y la jurisprudencia mayoritaria exige un periodo de convivencia y de relación previo bastante amplio antes de conceder la dispensa.

Cuestión 2: Se plantea en el caso si la adopción de Antonio fue válida. Tal y como se ha demostrado a lo largo del trabajo, la adopción de Antonio no podemos considerarla como tal, ya que no se cumple el requisito de la diferencia mínima de edad entre adoptante y adoptado.

Con la entrada en vigor de la Ley 26/2015 se prevé una excepción en el artículo 175 que para los casos en que se trate de la adopción del hijo del cónyuge se elimina el requisito de diferencia de edad. Pero, en vista de que la tramitación de la adopción se inició en el año 2014, es decir, un año antes de la entrada en vigor de la Ley, Antonio no podrá beneficiarse de dicha excepción, ya que según la disposición transitoria primera de la Ley 26/2015, los expedientes iniciados antes de la entrada en vigor de ésta se tramitarían por la normativa anterior, es decir, por la LO 1/1996.

En la LO 1/1996 no se prevé excepción alguna al requisito de diferencia de edad entre adoptante y adoptado, exigiendo una edad mínima de catorce años. Por ello, determino que la adopción de Antonio no es válida al incumplirse el requisito de diferencia mínima de edad entre adoptante y adoptado, de catorce años, al llevarse únicamente trece. Del mismo modo, hago constar, que no existe excepción alguna a tal requisito, debido al tenor literal “en todo caso” que expresa el artículo 175 CC.

Cuestión 3: En lo referente al divorcio, puede concluirse que hay dos hipótesis.

Si el juez otorga la dispensa al matrimonio, éste quedaría convalidado. De forma que Leticia sí que podría solicitar el divorcio, ya que estaríamos hablando del divorcio de un matrimonio válido.

Por otro lado, en caso de que no se haya obtenido dispensa que autorice el matrimonio, no se puede solicitar el divorcio, ya que estaríamos hablando del divorcio de un matrimonio nulo, y, como consecuencia, se conservarían todos los efectos de éste. Entonces, en caso de que el juez no otorgase la dispensa (que es la hipótesis más probable) Leticia tendría que solicitar la nulidad del matrimonio, pero no el divorcio.

Respecto a la pensión de alimentos, Lucía al ser hija en común de Felipe y Leticia, tiene derecho a una pensión de alimentos ya que es un deber impuesto por el Código civil a los progenitores para garantizar la subsistencia de los hijos. En cambio, Felipe no tendrá que satisfacer una pensión de alimentos a favor de Antonio, debido a que la adopción no fue válida en su momento y por consiguiente no tiene obligación legal alguna, a efectos del Código civil.

Cuestión 4: En cuanto a la atribución de la vivienda situada en Lugo, debe indicarse que pese a ser un bien con carácter privativo de Felipe, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden (art. 96.1 CC).

En primer lugar, cabe recordar que el Código civil priva de custodiar a los hijos al autor de un delito de violencia de género (art.92.7 CC). Por lo tanto, ante esta situación será Leticia quien ostentará la custodia exclusiva de los hijos al ser víctima de dicho delito. Asimismo, entre ambos existe una mala relación, lo que imposibilita que se ejerza la custodia compartida.

Entonces, el uso de la vivienda familiar va a ser para Lucía, y, por consiguiente, para Leticia, al ser el cónyuge a quien se le otorgue la custodia. Antonio también tendrá derecho a residir allí al ser un menor no emancipado y depender de su progenitora. Se fundamenta tal afirmación en el principio de interés del menor y en la situación desfavorecida de Leticia.

Cuestión 5: Respecto a si los actos de Felipe son constitutivos de delito, cabe destacar que estamos ante un supuesto de violencia de género, el cual lo podemos dividir en violencia física y psicológica.

En cuanto a la violencia física, al existir una relación conyugal, la lesión provocada por Felipe a Leticia debe ser encuadrada dentro del supuesto del artículo 153 CP. De forma que el delito leve de lesiones cometido será agravado por ser Felipe el cónyuge de Leticia. Asimismo, la pena será impuesta en su mitad superior al ser uno de los casos del artículo 153.3 CP, debido a que el delito ha sido cometido en el domicilio común.

Finalmente, se puede hacer referencia a la violencia psicológica en tres supuestos: acoso, vejaciones y amenazas. En primer lugar, respecto al supuesto delito de acoso, pese a que existe un patrón en las acciones de Felipe, éstas no provocan una alteración en el desarrollo de la vida cotidiana de Leticia. Por tanto, el control que ejerce Felipe sobre Leticia no es constitutivo de un delito de acoso del artículo 172 CP.

En segundo lugar, Felipe es autor de un delito del artículo 173.4 CP, por las continuas y reincidentes vejaciones ocasionadas a su cónyuge.

Por último, se considera probado el delito de amenazas en el ámbito familiar regulado en el artículo 169 CP. Se trataría de un supuesto de amenaza grave en el que se da a entender que puede poner en peligro la vida de los hijos.

Subsidiariamente, para el caso en que no se estime el supuesto del artículo 169 CP, se podría alegar que los hechos constituirían un delito de amenaza leve contra la mujer recogida en el artículo 171.4 CP.

BIBLIOGRAFÍA

- BARBERO, T; PEÑA, E; GAJA, I y GALÁN, C.: “*Modificación del Código civil y la Ley en Materia de Separación y Divorcio. La nueva Ley del Divorcio*”. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2005.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “*Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia*”. Editorial Bercal, S.A. Madrid. 2015.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “*Comentarios al Código civil*”. Tomo I. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2013.
- CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “*Cuestiones controvertidas en la nueva regulación de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia*”. Revista Doctrinal Aranzadi. (BIB 2017\2108).
- CAÑIZARES LASO, A. y OTROS: “*Código civil Comentado. Volumen I*”. Editorial Aranzadi. Navarra.2011.
- CUENA CASAS, M.: “*uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario*”. Revista de Derecho Civil ISSN 2341-2216 vol. I, núm. 2 (abril-junio, 2014) Estudios
- GARCÍA MAS, F.J.: “*Las uniones de hecho: su problemática jurídica*”. En RCDI. Nº648 1998.
- DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: “*El concepto de “violencia de género” de la lo 1/2004 en el sistema penal: fundamento, trascendencia y efectos*”. Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal núm. 27/2012 parte Doctrina. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2012.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.D. y HERNÁNDEZ GIL, F.: “*Lecciones de Derecho de Familia*”. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2007.
- DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A.: “*Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Tomo 1. Derecho de Familia*”. Editorial Tecnos, Madrid, 2012.
- GIL MEMBRADO, C.: “*La vivienda familiar*”. Editorial Reus. Madrid, 2013.
- GONZÁLEZ POVEDA, P.: “*Vivienda familiar. Criterios para la atribución de su uso en los procesos matrimoniales*”, AAVV, Problemas candentes en los procesos de familia, Madrid, 1995.
- LACRUZ BERDEJO, J-L.: “*Elementos de Derecho Civil en Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil IV*”. Editorial Dykinson, Madrid, 2010.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: “*Derecho de Familia*”. Madrid. Editorial Marcial Pons, 2016.
- LETE DEL RIO, J.M. y PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: “*Manual de Derecho Civil gallego*”. Editorial Colex. Madrid, 1999.
- LUQUE JIMÉNEZ. M.C.: “*La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*”. Madrid. 2012.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P. y PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: “*Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*”. Editorial Colex. Majadahonda, 2016.
- O` CALLAGHAN MUÑOZ, X: “*Compendio de Derecho Civil. Tomo IV. Derecho de Familia*”. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid. 2012.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: “*Derecho de Familia*”. Universidad de Madrid. Madrid. 1989

- PÉREZ MARTÍN, A. J.: *“Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores”*. Editorial Lex Nova, Valladolid, 1998.
- PÉREZ MARTÍN, A. J.: *“Derecho de Familia. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Doctrina sistematizada de la Audiencia Provincial de Vizcaya”*. Editorial Aranzadi. Navarra. 2015.
- PUGA GÓMEZ, S.: *“Agravación por domicilio en los delitos de violencia de género. Jurisprudencia crítica”*. Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 740/2007 parte Comentario. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2007.
- ROMERO COLOMA, A. M.: *“La guarda y custodia no solicitada por los progenitores: la adopción de la medida y su problemática jurídica”*. Actualidad jurídica Aranzadi, (863/2013) (BIB 2013\1062), 2013.
- SALAZAR BORT, S.: *“La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial”*, Navarra, 2001.
- SERRANO CHAMORRO, M.E.: *“Las parejas de hecho y su marco legal”*. Editorial Reus, Madrid, 2014.

LEGISLACIÓN

- Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil.
- Constitución Española, 1978.
- Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo en Materia de Adopción de Menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último.
- Ley 30/1981, 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 Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
- Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.
- Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables.
- Decreto 112/2002, de 30 de agosto, mediante el cual se crea un Registro de Parejas Estables de las Illes Balears y se regula su organización y gestión.
- Ley 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 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.
- Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

JURISPRUDENCIA

Sentencias del Tribunal Constitucional

- STC de 15 de noviembre de 1990 [RTC 1990/184]
- STC de 14 mayo de 2008 [RTC 2008\59]
- STC de 23 de Abril de 2013 [RTC 2013/93]

Autos del Tribunal Constitucional

- ATC de 7 junio de 2005 [RTC 2004\233]
- ATC de 10 mayo de 2005 [JUR 2005/150362]

Sentencias del Tribunal Supremo

- STS de 16 de octubre de 1986 [RJ 1986/5623]
- STS de 18 de mayo de 1992 [RJ 1992/4907]
- STS de 4 de marzo de 1997 [RJ 1997/1640]
- STS 18 de junio de 1998 [RJ 1998/5063]
- STS de 22 de enero de 1999 [RJ 1999/275]
- STS de 22 de marzo de 2002 [RJ 2002/4479]
- STS de 1 de diciembre de 2004 [RJ 2005/365]
- STS de 15 de diciembre de 2004 [RJ 2005/44]
- STS de 4 de marzo de 2005 [RJ 2005/4114]
- STS de 23 mayo de 2006 [RJ 2006\3339]
- STS de 13 julio de 2006 [RJ 2006\9595]
- STS de 12 de febrero de 2007 [RJ 2007/792]
- STS de 11 de marzo de 2010 [ROJ 963/2010]
- STS de 29 de marzo de 2011 [RJ 2011/3021]
- STS de 30 de septiembre de 2011 [RJ 2011/7387]
- STS de 23 de noviembre de 2011 [ROJ: 7666/2011]
- STS de 9 de mayo de 2012 [RAJ 2012/5137]
- STS de 5 de noviembre de 2012 [RJ 2012/10135]
- STS de 17 de junio de 2013 [RJ 2013/4375]
- STS de 17 de octubre de 2013 [RJ 2013/7255]
- ATS de 6 marzo de 2014 [JUR 2014\96810]
- STS de 29 de marzo de 2016 [ROJ 1289/2016]
- STS de 26 de octubre de 2016 [ROJ 4634/2016]
- STS de 19 de mayo de 2017 [ROJ 1980/2017]

Sentencia de Tribunal Superior de Justicia

- STSJ de Cataluña de 12 de marzo de 2015 [ROJ 543/2015]

Sentencias de las Audiencias Provinciales

- SAP de Madrid de 22 de marzo de 1995 [AC 1995/885]
- SAP Navarra. 5 de mayo de 1995 [AC 1995/ 1067]
- SAP de Barcelona, 1 de marzo de 1999 [RJ 1999/4354]
- SAP Salamanca de 19 de febrero de 2000 [ROJ 145/2000]

- SAP Cáceres, 24 de febrero de 2000 [JUR 2000/109735]
- SAP de Murcia, 13 de marzo de 2000 [ROJ 686/2000]
- SAP La Coruña, 23 de marzo de 2000 [JUR 2000/280768]
- SAP Barcelona, 24 de marzo de 2000 [JUR 2000/ 183050]
- SAP Navarra de 28 junio de 2000 [AC 2000/ 1677]
- SAP Barcelona, de 14 de febrero de 2001 [ROJ 1731/2001]
- SAP Badajoz, 30 de abril de 2003 [AC 2003/ 602]
- SAP las Palmas, 1 de julio de 2003 [JUR 2004/ 24306]
- SAP Barcelona, 20 de octubre de 2003 [JUR 2003/259674]
- SAP León de 12 de mayo de 2006 [JUR 2006/187991]
- SAP Lugo de 30 de mayo de 2008 [ROJ 546/2008]
- SAP Albacete de 9 de junio de 2008 [RJ 2008/81]
- SAP Barcelona de 8 de junio de 2012 [JUR 2012/310055]
- SAP Castellón de 31 de julio de 2013 [ROJ 858/2013]
- SAP Málaga de 3 febrero de 2015 [JUR 2015\225370]
- SAP Málaga de 3 de febrero de 2015 [ROJ 1312/2015]
- SAP Teruel de 24 de Marzo de 2015 [JUR 2015/123212]
- SAP Málaga 9 de marzo de 2016 [ROJ 879/2016]
- SAP Gipuzkoa de 17 de marzo de 2017 [ROJ 298/2017]
- SAP Oviedo de 27 de abril de 2017 [ROJ 1196/2017]

Dirección General de los Registros y del Notariado

- RDGRN de 25 de Enero de 1985: Dispensa de edad para contraer matrimonio
- RDGRN de 28 de Marzo de 1985. Dispensa de edad para contraer matrimonio
- RDGRN de 18 de Octubre de 1995 [RAJ 1995/9565]