

Divorcio con hijos por motivo de lesiones

Trabajo de Fin de Grado Curso 2016/2017



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

- ❖ Divorcio con fillos por motivo de lesións
- ❖ Divorce with children due to assault and battery

Autora: Noa González Arias

Dir.: Julio García Camiñas

Grao en Dereito

2017

Indice

I. Abreviaturas.....	4
II. Supuesto de hecho.....	5
CUESTION I	
III. La unión de hecho	
1. Legislación aplicable.....	8
2. Concepto y requisitos de la pareja de hecho.....	9
IV. El matrimonio.	
1. Concepto y naturaleza jurídica.....	10
2. Requisitos del matrimonio.....	10
3. Nulidad del matrimonio.....	12
3.1 Causas de nulidad del matrimonio.....	12
3.2 La convalidación del matrimonio nulo.....	13
4. El expediente matrimonial.....	14
CUESTION II	
V. La adopción.	
1. Características generales.....	14
2. Requisitos de la ley 21/1987 en materia de adopción.....	15
CUESTION III	
VI. El Divorcio.	
1. Concepto y caracteres.....	17
2. Efectos comunes a la nulidad separación y divorcio.....	19
3. Medidas relativas a los hijos. La obligación de alimentos.....	20
CUESTION IV	
VII. La vivienda familiar.	
1. Concepto y caracteres.....	23
2. Las donaciones por razón de matrimonio.....	24
3. Medidas relativas al uso de la vivienda familiar.....	26
CUESTION V	
VIII. La violencia doméstica y de género.	
1. Evolución legislativa.....	34
2. Concepto de violencia doméstica y de género.....	34
3. Art. 153 CP: las agresiones leves ocasionales en el contexto de la violencia doméstica y de género.....	35

4. Art. 173.2 CP: la violencia habitual en el ámbito familiar.....	37
5. Art.147: El delito de lesiones.....	39
6. Art.171: Las amenazas.....	40
IX. Conclusiones.	
1. ¿Cómo calificaría la situación legal de Leticia respecto de Felipe (pareja de hecho legal o no, matrimonio válido, no válido)?.....	41
2. La adopción de Antonio ¿fue válida?.....	42
3. ¿Puede Leticia solicitar el divorcio? Y en su caso: ¿Les corresponde a Antonio y a Lucia una pensión de alimentos?.....	43
4. ¿A quién debe atribuírsele el uso de la vivienda (donde residen actualmente, situada en Lugo)?.....	44
5. ¿Las actuaciones de Felipe son constitutivas de delito?.....	45
X. Bibliografía.....	46
XI. Legislación.....	48
XII. Jurisprudencia.....	49
XIII. Anexos	
1. Documentación necesaria para la inscripción en el Registro de Parejas Estables de Islas Baleares.....	52
2. Tablas de pensiones de alimentos en los procesos matrimoniales.....	53
3. Medidas Cautelares Penales y la Orden de Protección.....	56
4. Solicitud de adopción de medidas sobre los hijos menores ante el Juzgado de Violencia sobre la mujer.....	59
5. Direcciones de interés en materia de ayuda a la mujer.....	60
6. Formulario de protección contra amenazas.....	65
7. Modelo de solicitud de orden de protección	66

I. Abreviaturas.

AP:	Audiencia Provincia.
AAP:	Auto de la Audiencia Provincial
AAVV:	Autores varios.
Art./ Arts.:	Artículo / Artículos.
BOE:	Boletín Oficial del Estado.
CC:	Código Civil, de 24 de julio de 1889.
CE:	Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.
CFGE:	Circular de la Fiscalía General del Estado.
CP:	Código Penal, de 23 de noviembre de 1995.
DCIB:	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.
LDCG:	Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia.
DGRN:	Dirección General de los Registros y del Notariado.
FJ:	Fundamento jurídico.
LEC:	Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000.
LECrim:	Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882.
LO:	Ley Orgánica.
LOPIVG:	Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género.
RDGRN:	Resolución de la Dirección General de los Registros y de Notariado
RRC:	Reglamento del Registro Civil, de 14 de noviembre de 1958.
SAP:	Sentencia de la Audiencia Provincial.
TC / STC:	Tribunal Constitucional / Sentencia del Tribunal Constitucional.
TS / STS / SSTS:	Tribunal Supremo / Sentencia del Tribunal Supremo/Sentencias Tribunal Supremo
STSJ:	Sentencia Tribunal Superior de Justicia

II. SUPUESTO DE HECHO

DIVORCIO CON HIJOS POR MOTIVO DE LESIONES

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

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

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

Así pues, en uno de sus viajes a Madrid, el 25 de febrero de 2014, Felipe contactó con Leticia y ambos se conocieron. A partir de ahí, la ilusión de Leticia por saber algo de su familia y la insistencia de Felipe, hizo que ambos entablaran una relación que acabó 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, aburrída 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 perdone.

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

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

CUESTION I

III. La unión de hecho

1. Legislación aplicable

En la actualidad, a pesar de los diversos proyectos y proposiciones de ley que han sido presentados ante las Cortes Generales, ni la CE ni el CC hacen referencia a las llamadas uniones de hecho o también denominadas uniones matrimoniales, extramatrimoniales o de convivencia *more uxorio*¹, pues dichas uniones parecen contrarias al art.32 CE, que establece únicamente la existencia de un matrimonio para todos los españoles, señalando la posibilidad de diversas formas de celebración, y al art. 149.1.8 CE que reconoce al Estado la competencia legislativa de la presente materia. Esta carencia de regulación estatal ha derivado en una ingente normativa autonómica sobre las parejas de hecho (son muy escasas las comunidades autónomas que carecen de ella²) que, a pesar de tratarse de Comunidades autónomas carentes de competencia legislativa propia sobre Derecho civil, se han ocupado de recoger aspectos como su definición, su estabilidad y consiguiente atribución de efectos personales, económicos, siempre a la espera de que se dicte la pertinente norma general de carácter estatal. A este respecto, la doctrina ha destacado la importancia de realizar un examen previo de cada una de estas leyes antes de su aplicación.

En el ámbito objeto de nuestro estudio, nos centraremos en la **ley balear 18/2001, del 19 de diciembre de parejas estables**, donde se define la unión de hecho como la convivencia libre y notoria, con relación de afectividad análoga a la conyugal, de forma estable durante un período ininterrumpido de tiempo predeterminado³. En ella se establece que **no podrán constituir pareja estable**, entre otros, **los parientes en línea recta por consanguinidad** o adopción. Además, se dispone el requisito fundamental de que al menos “uno de los miembros deberá tener la vecindad civil en las Illes Balears y se exige sumisión expresa de ambos al régimen establecido por dicha ley”, (Art.2) así como también, y como se puede observar en el resto de las leyes autonómicas, únicamente recibirán los beneficios legales previstos una vez se haya formalizado la unión mediante la inscripción en el registro correspondiente⁴.

¹ La ausencia de regulación estatal ha levantado críticas por parte de la doctrina. **Magallón Elósegui** afirma que «a pesar de leyes autonómicas, el legislador estatal, con una actitud que roza la inconstitucionalidad, no ha elaborado con carácter general una ley estatal en la materia y la diversidad reinante provoca una serie de problemas que permanecen sin solucionar» (*Las leyes de parejas de hecho y sus distintos criterios de aplicación: un problema de derecho interregional*) *Guía práctica sobre el régimen jurídico de las parejas de hecho*, Castillejo Manzanares (Dir.), Editorial Aranzadi, Navarra, 2012, p. 165). Por otro lado, Pérez Villalobos, insiste en la «necesidad de una normativa nacional que regule las uniones de hecho y determine los derechos y obligaciones que derivan de este tipo de relaciones» (*Leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho, cit., p. 65*).

² García Rubio, simplemente «se ha negado hasta ahora a darle un tratamiento legislativo sistemático e integral» 2 la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM) 10, 2006, p. 116. GARCÍA RUBIO, M. P., «Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica»).

³ Cabe destacar que desarrollan en el marco de un hogar común una comunidad de vida, tanto espiritual como física, incluyendo, por ello, la unión sexual. ESPINOSA INFANTE, J.M., *Derecho civil, Derecho de Familia, Contestaciones al Programa de Oposiciones a Notarías*, p.608.

⁴ Por Decreto 112/2002, de 30 de agosto, se crea el Registro de Parejas Estables de las Illes Balears, y se regula su organización y gestión. **Para que la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables sea**

En lo referente al requisito de la vecindad civil, esta indica el derecho civil que se le aplica al individuo en cuestión (art.14 CC), siendo totalmente independiente del empadronamiento. En el supuesto se afirma que Felipe está empadronado en Palma de Mallorca, pero nada nos dice acerca de su vecindad civil. El DCIB determina en su art.2 que “*La vecindad y los conflictos interinsulares de normas se regularán por el Código civil y demás disposiciones de aplicación general*”. Por ello, al recurrir al CC comprobamos que se establece en su art.14.6 que en caso de duda, prevalecerá la vecindad civil que le corresponda al lugar de nacimiento, sin embargo tampoco se hace referencia a dicho lugar en el supuesto presente.

Si se certificara que Felipe tiene la vecindad civil de las Islas Baleares, o que sus padres tuvieran tal vecindad (art.14.2) esto no supondría un impedimento a la hora de constituirse como pareja de hecho, manteniéndose solo el impedimento de parentesco. No obstante, si no se diera esta situación, y como se dispone en el art.14.5 CC, Felipe deberá adquirir la vecindad mediante la residencia continuada de dos años, siempre que manifieste su voluntad, o mediante la residencia continuada de diez años, siempre que no declare en contrario durante ese plazo. Por lo que tendría que esperar ese tiempo para poder obtener la vecindad civil, constituyendo por lo tanto, otro obstáculo para la creación de la unión “*more uxorio*”.

2. Concepto y requisitos de la pareja de hecho

La SAP de Madrid⁵, define la unión de hecho como “la convivencia entre un hombre y una mujer, con plena capacidad de obrar, de carácter estable y público que sin haber contraído matrimonio entre sí, desarrollan un modelo de vida que coincide con el que acostumbran a realizar los cónyuges”; se trata de una resolución que, tras la entrada en vigor de la constitución, reconoce las situaciones como lícitas y de las que se derivan consecuencias jurídicas amparadas por el artículo 39 de la CE⁶.

La cuestión central sobre este tema gira en torno al régimen jurídico aplicable a las parejas no casadas durante la convivencia y después de la ruptura. El TC ha declarado que no cabe equipararlas a las uniones matrimoniales, ya que mientras que el matrimonio cumple una función social inexistente en el resto de uniones de pareja, la unión puramente fáctica carece de ella, lo que conlleva a una serie de diferencias de tratamiento jurídico⁷.

LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI⁸ destaca como requisitos: la convivencia “*more uxorio*”, es decir, comportarse como si de un matrimonio se tratara; la permanencia, sin necesidad de establecer un plazo; la inexistencia de los impedimentos establecidos por la ley y la independencia de la orientación sexual.

aplicable a los miembros de la pareja, estos han de cumplir los requisitos y las formalidades que la Ley prevé.

⁵ SAP Madrid 2/2/1999

⁶ MARTÍNEZ GÓMEZ, M.I., *Las parejas de hecho*. Saberes, revista de estudios jurídicos, económicos y sociales, Volumen I- Año 2003.

⁷ SSTS 21/10/1992 [RJ\1992\8589], 29/10/1997 [RJ\1997\7341] y 23/07/1998 [RJ\1998\6131]; reconocen la plena legalidad de la unión estable como exponente de libre desarrollo de la personalidad sin que implique la equiparación con el matrimonio.

⁸ LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, M., *Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia*, 4ª edición, Colex, Madrid, 2001, p.40 y ss.

En cuanto a los efectos jurídicos, la **ley balear 18/2001, del 19 de diciembre de parejas estables**, establece algunos efectos personales de la unión como la obligación de prestarse alimentos con preferencia a cualesquiera otros obligados, la equiparación a la figura de los cónyuges cuando se trate de aplicar disposiciones relacionadas con la tutela, la curatela, la incapacitación, la declaración de ausencia y declaración de prodigalidad; y destaca que la formación de una pareja estable no supone ningún tipo de parentesco entre cada uno de sus miembros y los parientes del otro.

El **art. 2**, sobre capacidad y requisitos personales, de la presente ley, determina que podrán constituir pareja estable los mayores de edad y los menores emancipados; destacando que **no podrán constituir pareja estable** “Los que estén ligados por vínculos matrimoniales, los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, **los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado** y los que formen pareja estable con otra persona, inscrita y formalizada debidamente”.

Entre las condiciones requeridas para que una pareja pueda registrarse (como que la convivencia se haya iniciado un cierto tiempo atrás) es de gran relevancia respecto a nuestro objeto de estudio destacar aquella que establece que los convivientes **no estén incurso en alguno de los impedimentos que todas ellas relacionan, pues en caso de estarlo no podrán inscribirse como pareja de hecho**⁹. De esta manera, podemos concluir que la pareja de hecho formada por Felipe y Leticia **no fue válida** debido al obstáculo legal que supone el impedimento de parentesco hasta el tercer grado.

IV. El Matrimonio

1. Concepto y naturaleza jurídica

El Código Civil regula el matrimonio en los arts. 42 a 107, sin embargo no lo define. La unión de hecho, anteriormente analizada, se caracteriza por la unidad, estabilidad y finalidad de plena comunidad de vida, careciendo de la falta de constitución legal como matrimonio.

En cuanto a la naturaleza jurídica del matrimonio, se sostienen diversas tesis doctrinales al respecto. Para algunos autores contemporáneos como Albaladejo, Lacruz o Díez-Picazo, se trata de un negocio jurídico bilateral típico del derecho de familia, pues se origina mediante un acuerdo de voluntades entre los contrayentes, que emiten una voluntad concorde dirigida a unirse en matrimonio. Otros autores defienden que se trata de una institución matrimonial propia y autónoma, a la que el derecho positivo dedica un conjunto normativo *ad hoc*, sin requerir, por tanto, su aproximación o explicación a través de categorías conceptuales, que se derivan necesariamente de la preexistencia de las instituciones jurídicas.

2. Requisitos del matrimonio

El CC no establece que capacidad han de tener los sujetos que contraen matrimonio. Desarrolla una delimitación negativa, indicando aquellas **circunstancias que impiden la celebración del matrimonio**¹⁰.

⁹ Ver **Anexo I. Documentación necesaria para la inscripción en el Registro de Parejas Estables de Islas Baleares**.

¹⁰ Con anterioridad a la reforma, a tales circunstancias se les conocía con el nombre de “impedimentos matrimoniales” (calificación de origen canónico), denominación que la redacción del Código ex Ley

Para que las personas puedan contraer matrimonio válidamente, han de tener un mínimo de capacidad y aptitud personal, ha de existir consentimiento entre ambas partes y ha de manifestarse en alguna de las formas previstas en el CC¹¹.

De esta manera, podemos distinguir una serie de requisitos personales, que a su vez se subdividen en físicos y morales. Los requisitos físicos son la aptitud mental y la edad.

Por otra parte, se exigen determinados requisitos morales. En primer lugar, la ausencia de estado, (art.46 CC); en segundo lugar, la ausencia de crimen, (art.47 CC). Finalmente, y como núcleo central de nuestro estudio, cabe destacar la **exigencia de la ausencia de parentesco, pues “no pueden contraer matrimonio entre sí:**

- ❖ 1 Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción”, sin límite de grados: hijos con padres, nietos con abuelos, etc. (art. 47.1 CC)¹²
- ❖ 2 Ni los **colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado**” (art. 47.2 CC), aunque, según el art.48.2, este impedimento de “grado tercero entre colaterales” **reconoce la dispensa¹³ por el Juez de Primera Instancia del impedimento de parentesco entre colaterales -tíos y sobrinos-**, sin embargo, sólo producirá efectos cuando en la solicitud de dispensa se determine con precisión el árbol genealógico de los contrayentes (art.261.2 RRC), y cuando concorra justa causa. De esta manera, Felipe y Leticia, al tener una relación de parentesco de tío y sobrina, solo podrán contraer matrimonio de forma válida si hubieran solicitado y obtenido la dispensa del juez.

Por lo demás, las dispensas a las que nos venimos refiriendo anteriormente podrán obtenerse tanto previa como ulteriormente, teniendo eficacia retroactiva al momento de la celebración del matrimonio. Para que pueda producirse debe ser solicitada, con carácter previo a la solicitud judicial de nulidad del matrimonio por alguno de los legitimados conforme al art. 74 CC. Sólo cabrá la dispensa ulterior respecto a los impedimentos objeto de dispensa previa al matrimonio.

En consecuencia, el art. 260 del RRC dispone que “podrá solicitarse dispensa de impedimentos, así como de publicación de edictos o proclamas, si en ambos casos existe

30/1981 utiliza en el artículo 48, cuando habla de la dispensa de impedimentos. La doctrina también se refiere a los supuestos del artículo 47 como “prohibiciones matrimoniales” u “obstáculos al matrimonio”.

¹¹ Por forma, deben entenderse las solemnidades establecidas, en cada caso, como cauce para la prestación del consentimiento matrimonial. El art.49.I CC reconoce la manifestación del consentimiento entre los contrayentes de forma civil (“ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por este Código”) o en la forma religiosa legalmente prevista; rigiéndose cada una por su propio derecho.

¹² En otras palabras, abarca tanto el vínculo doble como el vínculo sencillo, y se refiere tanto a la filiación matrimonial como a la no matrimonial. En cuanto a la adopción, el art. 178.3 CC dispone que la adopción, al extinguir los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior, deja subsistente lo establecido sobre impedimentos matrimoniales.

¹³ Es decir, **sólo será posible la dispensa en línea colateral y en el tercer grado, pudiendo constituirse así el matrimonio entre tía/sobrino y tío/sobrino**, sin existir ningún tipo de inconveniente entre primos hermanos, pero no en la línea recta ni en la colateral en segundo grado (matrimonio entre hermanos). Por otro lado, el impedimento indispensable se concreta en los hermanos engendrados tanto dentro como fuera del matrimonio. Tampoco podrán casarse los hijos nacidos de sucesivas nupcias después del divorcio.

justa causa suficientemente comprobada. Quien lo solicite acreditará los motivos de índole particular, familiar o social que invoque, y aportará, en su caso, un principio de prueba de impedimento”¹⁴. Por ejemplo, habrá justa causa cuando un tío y una sobrina lleven viviendo juntos durante veintidós años¹⁵ Felipe y Leticia llevaban viviendo aproximadamente un año juntos y constataron que eran familia una vez ya habían iniciado su relación, sin que esto fuera un impedimento para ellos. El juez deberá valorar las circunstancias y resolver si les concede o no la dispensa por justa causa.

En cuanto a los requisitos materiales del matrimonio, se encuentra el consentimiento matrimonial, art. 45.1. Este consentimiento debe ser emitido por los contrayentes que tengan capacidad para entender y querer ese acto.

Dado el principio establecido en dicho artículo, es necesario destacar los supuestos en que pueda predicarse la ausencia absoluta de consentimiento o la existencia de consentimiento viciado.

3. La nulidad del matrimonio

Cuando al celebrarse el matrimonio se incumple alguno de los requisitos citados anteriormente, establecidos para su validez, se producirá la nulidad del matrimonio, por ausencia o imperfección de alguna de las condiciones legalmente requeridas para la formación del vínculo.

La versión vigente del Código regula en los arts. 73 a 80 la nulidad matrimonial, constituyendo una anomalía en el negocio jurídico matrimonial, que impide la constitución eficaz del mismo, aunque en un principio tuviera una apariencia de validez.

Tal **nulidad, se impone como sanción por dicho incumplimiento**, deja el vínculo totalmente ineficaz con efecto retroactivo desde su celebración, y se obtiene judicialmente por el ejercicio de la acción de nulidad, de tal manera que el legitimado para ejercer dicha acción podrá solicitar que los tribunales declaren que el matrimonio era nulo desde un principio.

El legislador ha establecido un régimen jurídico propio para la nulidad matrimonial, debido a la particularidad del negocio jurídico matrimonial.

No obstante, y como veremos posteriormente, existen algunos supuestos en los que la legislación civil declara que el matrimonio nulo puede ser susceptible de convalidación.

3.1. Causas de nulidad del matrimonio

El art. 73 CC agrupa bajo esta rúbrica los supuestos de invalidez del matrimonio “cualquiera que sea la forma de su celebración”: Ausencia de consentimiento, vicios del consentimiento, existencia de impedimentos y defectos formales

Sin embargo, la doctrina, según lo esencial del requisito incumplido distingue entre matrimonio inexistente (cuando falta un elemento esencial para su existencia);

¹⁴ Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil.

¹⁵ RDGRN 18/10/95 [RJA 1995\9565]: Dispone que es “menester entender que una convivencia prolongada y voluntaria entre tío y sobrina puede ser tal fuente de afecto entre ambos, que, sobrepasando el del simple parentesco, llegue a la “*affectio maritalis*”.

matrimonio nulo (cuando falta un requisito sin posibilidad de sanación) y **matrimonio anulable (cuando no obstante falta algún requisito, el matrimonio puede convalidarse en determinadas circunstancias)**¹⁶.

En el desarrollo de nuestro estudio nos centraremos en el análisis del matrimonio denominado como “anulable” según la doctrina.

Nos referimos aquí a aquellos matrimonios celebrados entre personas a quienes el código dispone algún tipo de impedimento, pero con posibilidad de dispensa o convalidación, como es el caso de Leticia y Felipe. Por ello, hablaremos de matrimonios anulables y no nulos cuando se trate de aquellos celebrados entre parientes colaterales por consanguinidad dentro del tercer grado.

El matrimonio será también anulable cuando el consentimiento sea viciado, es decir, cuando el matrimonio sea contraído por coacción o miedo grave (art. 73.5). Se trata de actitudes que someten la voluntad del contrayente.

Para que las condiciones de la coacción y miedo grave tengan carácter anulatorio, será preciso recurrir a la aplicación analógica de los art.1267 y 1268 CC, con sus respectivas adaptaciones; todo ello debido a la ausencia respecto a dicho tema que se contempla en el art. 73.5 CC. Lacruz afirma que “la gravedad a que aluce el CC exige que la coacción o el miedo cumplan los siguientes requisitos: a) proveniencia de otra persona, sea el otro contrayente o un tercero; b) indeclinabilidad: que no sea posible evitar el miedo sin la prestación del consentimiento matrimonial; c) injusticia o antijuricidad: que la acción intimidatoria no consista en el ejercicio de un derecho concedido al agente por el ordenamiento. De esta manera, se puede determinar que el ultimátum que le exige Leticia a Felipe sobre la prohibición de volver a ver a su hijo Antonio, podría interpretarse como una amenaza y condición para que la pareja contraiga finalmente matrimonio, creando en él un temor que únicamente podrá evitar mediante el consentimiento matrimonial. Sin embargo, no se puede considerar como un vicio en el consentimiento ya que no parece cumplir otros requisitos que, según Lacruz, debe reunir para ello.

3.2. La convalidación del matrimonio nulo

La versión actual del Código permite que algunos matrimonios en los que concurra alguna de estas causas de nulidad sean susceptibles de convalidación. La convalidación implica que el matrimonio deviene válido a partir de su celebración.

Resultan convalidados los matrimonios celebrados por personas afectadas por algún impedimento dispensable, aunque la dispensa se obtenga tras la celebración, siempre que dicha dispensa sea obtenida antes de que se haya solicitado judicialmente la nulidad del matrimonio por alguno de los legitimados conforme al art. 74 CC.¹⁷ Según el art. 48.3, tanto la dispensa como la convalidación tendrán efecto retroactivo a la misma fecha de celebración del matrimonio.

¹⁶ ESPINOSA INFANTE, J. M, *Derecho Civil. Derecho de Familia. Contestaciones al Programa de Oposiciones a Notarías*, DYNINSON, 2006, p.72-76.

¹⁷ La SAP Teruel 24/03/2015 [JUR\2015\123212] determina como, en el supuesto litigioso que acontecía, el Ministerio Fiscal había demandado la nulidad del matrimonio antes de que los cónyuges pidieran la dispensa del impedimento, estando vigente el procedimiento judicial, y por ello, siendo tardía la solicitud de dispensa.

4. El expediente matrimonial

Es importante destacar que, antes de la celebración del matrimonio deberá tramitarse un expediente cuya finalidad sea comprobar que no existe ningún impedimento matrimonial. El procedimiento se inicia con la prestación de un escrito por los contrayentes al funcionario competente (art.340 RRC), donde acreditarán que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en el CC (art.56 CC). Habrá una ratificación posterior (art.242 RRC) y se publicarán edictos o proclamas con el requerimiento a los que tengan noticias de algún impedimento para que lo denuncien (art.244 RRC). En el expediente previo para la celebración del matrimonio es de gran relevancia la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que debe efectuar el Instructor, asistido del Secretario, para cerciorarse de impedimento o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (cfr. art. 246 RRC). El expediente termina mediante un auto de aprobación o denegación de la celebración del matrimonio. (art.247 RRC).

De esta forma, en el auto sobre el expediente matrimonial de Felipe y Leticia, debería constar el impedimento de parentesco, lo que supondría la denegación de la celebración del matrimonio, salvo que se solicite y se obtenga la dispensa correspondiente del juez y se convalide así el matrimonio.

CUESTION II

II. La adopción

1. Características generales.

Según MOLINER NAVARRO¹⁸, la adopción desde el punto de vista jurídico, contempla que no sólo se trata de un negocio jurídico de tutela de los intereses de un menor, si no que se determina un vínculo de “filiación”. Este es el verdadero fin de la adopción **“la creación por el derecho de un vínculo de filiación equiparado al biológico tratándose así de una filiación que hoy en día surte los mismos efectos que la filiación por naturaleza”**¹⁹. Partiendo de esta definición legal, el TC²⁰ ha declarado que *“La equiparación entre los hijos adoptivos y los hijos por naturaleza será un imperativo constitucional en la medida en que sustancialmente pueda calificarse la adopción como una forma de filiación”*.

Se sigue el principio socialmente generalizado de que, “una vez constituida la adopción no existe causa suficiente alguna para establecer diferencias entre los hijos consanguíneos (sean o no matrimoniales) y los hijos adoptivos, en caso de existir descendientes por ambos conceptos”²¹.

¹⁸ Así lo dispone MOLINER NAVARRO, R., en *Adopción, familia y derecho*, Rev. boliv. de Derecho, n^o 14, julio 2012, ISSN: 2070-8157, p. 98-121.

¹⁹ El vigente Art. 108 CC *“La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”*.

²⁰ STC 22/03/1999 [RTC\1999\46]

²¹ LASARTE C, *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*. Marcial Pons. Madrid, Barcelona Buenos Aires, 2009 p. 316.

Antes de la reforma del CC de 1987, la adopción solía considerarse como un negocio jurídico del derecho de familia. En este sentido, GARCÍA CANTERO G.²² afirmaba que “*la adopción es un negocio bilateral al que se le confieren las siguientes características: con causa típica, o mejor con un motivo «la conveniencia del adoptado» que el legislador ha elevado a causa. Es irrevocable, solemne, y probablemente no admite representación. Es un negocio jurídico complejo*”. La Jurisprudencia también lo estimaba así, en Sentencias inmediatamente anteriores a la Reforma: «entendiendo la adopción como un negocio jurídico familiar de carácter formal»²³.

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina coincide en prescindir de dicha catalogación. A este respecto, cabe destacar a autores como ALBALADEJO²⁴ o PÉREZ ÁLVAREZ, para quienes la adopción pasa a ser un acto de autoridad o acto judicial. Otros autores como CASTRO LUCINI²⁵ establecen que la adopción es un negocio procesal.

La adopción debe estar configurada como un instrumento de protección de los menores al que deben subordinarse los deseos de los adoptantes; el interés del menor debe prevalecer sobre el del adoptante. El menor tiene derecho a ser cuidado, educado y protegido²⁶.

El Régimen jurídico de la adopción ha sido objeto de sucesivas reformas legislativas a lo largo de la historia. Es destacable la **ley 21/1987 del 11 de noviembre, en la que centraremos nuestro estudio**, al transcurrir los hechos objeto de adopción en el **año 2014**, y por lo tanto, teniendo estos **carácter previo a la entrada en vigor de la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, actualmente vigente**.

2. Requisitos de la Ley 21/1987 en materia de adopción

Antes de la entrada en vigor de la actual Ley 26/2015, de 28 de Julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, la Exp. De Mot de la Ley 21/1987 constituía la adopción como un instrumento de integración familiar que produce “la completa ruptura del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia, y la creación ‘*ope legis*’ de una [nueva] relación de filiación a la que resultan

²² GARCÍA CANTERO, G., *El nuevo régimen de la adopción*. Anuario de Derecho Civil, 1971, p. 835 ss.)

²³ FJ2º. STS 20/04/1987 [RJ \1987\2717]

²⁴ ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, Tomo IV, Derecho de Familia, p.280, que afirmaban que “*Una vez propuesta la adopción y consentida, asentida y oídas las personas dichas, todo en los términos y con las salvedades expuestas, (art. 177 C.C.) se constituye por resolución judicial (en forma de auto que pone fin al expediente); luego será la resolución la que establezca el vínculo adoptivo*”.

²⁵ CASTRO LUCINI, *Notas sobre la nueva regulación legal de la adopción*. Revista de Derecho Inmobiliario Tomo LXIV, p. 162 y 166.

²⁶ Como proclama reiterada y pacífica doctrina jurisprudencial, de la que son un fiel exponente las STS 20/04/1987 Y 19/02/1988, y de esta misma AP del 23/10/1989 (Secc. 14ª) y 30/09/1999 (Secc. 18ª), así como los Autos de 26/04/1999 y 13/01/2000 (Secc. 18ª), en esta clase de procesos, los Tribunales han de velar, prioritariamente y de modo decidido, por los intereses de los menores, que son, sin duda; los más dignos de protección, y cuyo interés superior debe presidir cualquier resolución en esta materia, en el que el principio fundamental del “favor minoris”, consagrado solemnemente en la CE (Art. 39) y sancionado en Convenios Internacionales (Nueva York), así como en la Convención de las Naciones Unidas de 1989, es una constante plenamente afianzada”. Es destacable a este respecto el art.11, 2 de **L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor**.

aplicables las normas generales sobre ésta. Por ello, dicha ley se caracterizaba por modificar los parámetros normativos y la propia configuración de la adopción.

Podemos distinguir una serie de requisitos formales y personales. Respecto a los formales, cabe atender a los art.176 y 177 CC relativos al expediente de adopción, destacando párr. II donde se señala que no será necesaria la propuesta de Entidad Pública al ser el adoptado “hijo del consorte del adoptante”. Por otro lado, el art. 177.1 dispone que el adoptante (Felipe) y el adoptando (Antonio) mayor de doce años deberán consentir la adopción ante el juez.

En su art. 175 se disponían una serie de requisitos personales que debía reunir el adoptante para llevar a cabo la adopción.

En efecto el presente artículo establecía que *“la adopción requiere que el adoptante tenga veinticinco años. En la adopción por ambos cónyuges²⁷ 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”²⁸.*

Así pues, el adoptante debe reunir dos condiciones de orden cronológico respecto del adoptado. En la adopción por ambos cónyuges sólo se le exigirá a uno de ellos el requisito de cumplir 25 años, sin embargo, aunque no se exija explícitamente, ambos han de **observar ineludiblemente el requisito de diferencia de edad mínima entre el adoptante y el adoptado²⁹**; pues se entiende que la adopción simula al vínculo biológico, manteniendo una diferencia temporal suficiente entre ambos para que no se pueda dar jurídicamente, lo que, a efectos generacionales, no sería naturalmente posible, pues de no entenderse así, podría darse el absurdo de que un adoptante fuera menor que un

²⁷ A este respecto, ha de tenerse en cuenta, que el empleo por el precepto de la expresión “**cónyuges**” según **la Disp. Adic. 3 de la ley 21/1987, también hace referencia al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida por una relación de afectividad análoga a la conyugal**. Así se determina en el AAP **Valladolid 12/06/2000 [AC 2000\1625]** donde el solicitante recurrente, pretende adoptar a la hija de su pareja de hecho. El auto explica que, a pesar de que ni el CC ni la LEC han establecido específicamente la expresión “*pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal*”, ello no supone su exclusión, pues la Disp.adic.3^o recoge la equiparación entre cónyuges y hombres y mujeres integrantes de una unión de hecho, no siendo este por lo tanto, un impedimento para iniciar el proceso de adopción. Además, tras la reforma del matrimonio introducida por la Ley 13/2005, de 1 de Julio, la adopción también podrá llevarse a cabo por un matrimonio homosexual.

²⁸ **Con la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se modifica el art.175.1** incrementándose la diferencia de edad máxima a dieciséis años y estableciéndose los cuarenta y cinco años como edad límite para llevar a cabo el proceso de adopción, “salvo en los casos previstos en el artículo 176.2”, de tal manera que, en los supuestos establecidos en dicho artículo como “2.^a Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal” no será requisito necesario la diferencia de edad establecida entre el adoptante y el adoptado. También son modificados otros aspectos del presente artículo.

²⁹ La doctrina determina que la exigencia de una edad mínima para la adopción no implica la necesidad de una capacidad especial, sino de un requisito de legitimación.

adoptado³⁰. Así lo fundamenta la **AP Barcelona**³¹ donde se determina que a pesar de darse el resto de requisitos pertinentes para la adopción, “*es inexcusable que concurra ministerio legisle el requisito de la diferencia mínima de edad entre adoptado y adoptante*” conforme previene el artículo citado que “**en todo caso**” exigen la diferencia de edad; por lo que se declara finalmente la acción de nulidad por inexistencia de un requisito sustantivo y esencial³², tratándose de una **nulidad no convalidable ni subsanable**. Se reitera la misma jurisprudencia en diversos autos de la AP de Barcelona³³.

Según la perspectiva que se adopte, se pueden distinguir una serie de prohibiciones que afectan tanto al adoptante como al adoptado, recogidas en el art. 175. 3 y conforme al cual se dispone lo siguiente: No podrá adoptarse a “un descendiente”, ya que supondría originar un conflicto entre filiaciones. Tampoco podrá adoptarse a “un pariente en segundo grado de línea colateral por consanguinidad o afinidad”; ni a “un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela”, ya que se pretende que el tutor cumpla con su objetivo fundamental de proteger los intereses del pupilo o tutelado.

CUESTIÓN III

III. El Divorcio

1. Concepto y caracteres

La disolución del matrimonio supone la extinción sobrevenida de los efectos del matrimonio. Se trata de un término que identifica la posibilidad de provocar la disolución del matrimonio en vida de ambos cónyuges. El art.10.1 del CE protege el libre desarrollo de la personalidad, donde el divorcio, deberá entenderse como una facultad amparada en el margen de la libertad e intimidad reconocida a cada individuo. Según lo dispuesto en el art. 89 CC el divorcio únicamente podrá establecerse por sentencia, sin que haya posibilidad de que exista un “divorcio de hecho”. Podrá solicitarse una vez hayan transcurrido tres meses desde la celebración del mismo.

³⁰ AAP Barcelona 11/1/2002 [JUR 2002\86259], impugna la resolución y desestima el recurso de apelación interpuesto contra el auto que declara la improcedencia de la adopción, por no cumplirse la diferencia de edad entre adoptante y adoptada, al **tratarse de un requisito de capacidad imperativo y, por ende, condición “sine qua non”** para poder adoptar dada la terminología establecida por el legislador en el Código Civil, “ lo cual, cierra la vía a la excepción y comporta que sea un presupuesto o **requisito ineludible legalmente para todos y cada uno de los supuestos**”.

³¹ FJ2º SAP Barcelona 14/2/2001 [AC\2002\405]

³² Cabe destacar que a pesar de que la doctrina de las Audiencias no crean jurisprudencia de forma rigurosa, en materia de adopción tienen suma importancia, pues, al tratarse la adopción de un expediente de jurisdicción voluntaria, los autos dictados en grado de apelación en expediente de jurisdicción voluntaria no pueden ser motivo de casación. BERCOVITZ, R., *Grandes Tratados Comentario al artículo 175 del Código Civil*. Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2009.

³³ AAP Barcelona 31/10/2003 [JUR\2004\4274] desestima el recurso que se resuelve tanto por no alcanzarse la mayoría de edad de los 25 años, sino también por no cumplirse que el adoptante tenga como mínimo 14 años más que el adoptado, por ser este “**requisito que no admite ningún tipo de excepciones**”.

La introducción de la Ley 15/2005 ha supuesto un cambio sustancial en la figura del divorcio, dejando de lado, el sistema causalística característico de la Ley 30/1981, de tal manera que el ejercicio del derecho de no continuar casado no puede depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna. El demandado no podrá oponerse a la petición por motivos materiales, y el Juez no podrá rechazar la petición, salvo por motivos procesales. Por otro lado la nueva ley trae consigo la distinción de los conceptos de separación y divorcio como dos figuras independientes, donde las partes pueden elegir libremente una u otra opción. Además, con la ley 15/2005 la acción de divorcio corresponde a ambos cónyuges, ya actúen por separado o conjuntamente.

El marco de los efectos capitales del divorcio configurados por el legislador no pueden ser alterados judicialmente, pues la sentencia de divorcio produce efectos *ex nunc* desde su firmeza³⁴, no pudiéndose confundir con la nulidad, que tiene por su propia configuración eficacia retroactiva y genera efectos *ex tunc*³⁵. Así, mientras el divorcio supone la extinción del vínculo matrimonial, la nulidad se caracteriza por la total ineficacia de dicho vínculo, como si este nunca hubiera existido, ya que el negocio jurídico bilateral constitutivo del mismo no fue perfecto³⁶.

La DGNR³⁷ en sus resoluciones ha establecido el principio general de que debe primar el derecho fundamental de toda persona a contraer matrimonio libremente, derecho que sólo puede limitarse excepcionalmente cuando exista una certeza absoluta del obstáculo o impedimento legal que vicie de nulidad el matrimonio. De estas consideraciones, y del principio general del Derecho civil español *favor matrimonii*, se deduce la necesidad de la mínima restricción posible al ejercicio de derecho fundamental a casarse y la posibilidad de controles o límites sólo cuando exista “una certeza racional absoluta”.

Al significar el divorcio la extinción del vínculo matrimonial, Felipe y Leticia en principio, podrán solicitarlo cuando dicho vínculo haya existido, y esto solo podrá ser posible tras la solicitud y acreditación de la correspondiente dispensa por impedimento de parentesco que les deberá otorgar el juez para poder convalidar el matrimonio o bien haberla obtenido con anterioridad a la celebración del matrimonio.

De esta manera, si Leticia y Felipe desean contraer matrimonio deberán acreditar previamente en el expediente matrimonial, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en el Código (art.56 CC), **y acreditar por tanto la correspondiente dispensa obtenida por el juez.** De no ser así, se tratará de un obstáculo legal y el

³⁴ Art.89 CC, SSTS 17/3/2010 [RJA 2010\2403] y 23/11/2011 [RJA 2012\566]

³⁵ Salvo lo dispuesto en el art. 79CC para el matrimonio putativo.

³⁶ FJ2º SAP Madrid, 8/04/1997,[AC 1997\688]: “Frente a la figura jurídica del divorcio, que implica partir de la validez de un matrimonio, para, concurriendo alguna de las causas reguladas en el art. 86 del CC, declarar judicialmente la disolución vincular, con eficacia jurídica desde que la resolución alcanza firmeza (art. 89), esto es «ex nunc», la nulidad matrimonial arranca de la existencia, en el momento de la celebración de la unión nupcial, de impedimentos dirimentes, vicios del consentimiento o ausencia de las formalidades legales, según la regulación contenida en el art. 73, que invalidan «ex tunc» el contrato matrimonial, privándole, en consecuencia, de toda eficacia jurídica «ab initio»”

³⁷ RDGRN 6\11\2000 y 2\10\2004.

instructor denegará la celebración del matrimonio (art.247 RRC)³⁸. Si por cualquier motivo no existiera ningún tipo de resolución denegatoria a pesar de la existencia de impedimento, deberán solicitar la nulidad del matrimonio, pues al no haberse solicitado la dispensa, partimos de un matrimonio nulo, es decir, no se puede solicitar la disolución de un vínculo matrimonial no válido. Por ello, el mandato constitucional desarrollado por el CC establece especiales requisitos de capacidad a través de los denominados impedimentos matrimoniales (artículos 46 y 47). Unos y otros tienen carácter dirimente en el sentido de que **si se contrae un matrimonio a pesar de la existencia de un impedimento, el matrimonio será nulo**³⁹. Sin embargo, si Felipe y Leticia hubieran contraído matrimonio ignorando la existencia de tal impedimento, por algún tipo de error en el Registro o cualquier otro motivo, podrían solicitar el divorcio al entender que su matrimonio es válido y al no considerar la posibilidad de la nulidad. Si se lo concedieran y posteriormente conocieran de la existencia de tal impedimento, podrían solicitar la nulidad del matrimonio, ya que, como hemos dicho anteriormente, no ha existido desde un principio.

2. Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio

El quiebre de la vida matrimonial comporta una serie de consecuencias de todo orden, tanto en relación con la convivencia y el marco de derechos y obligaciones entre los cónyuges, como también respecto a los hijos y a las cosas que comparten.

Se entiende por efectos comunes, aquellos que se producen en estas tres situaciones como consecuencia de las diversas medidas que las partes solicitan, y que son aceptadas y aprobadas por el Juez⁴⁰ en las distintas fases del procedimiento judicial que en cada caso ha de entablarse para llegar a ellas.

Estas medidas se pueden clasificar en medidas provisionalísimas o previas, medidas provisionales (art.102 a 106, CC. CAP X) y medidas judiciales o definitivas, y están relacionadas con la guarda y custodia de los hijos, la vivienda y el ajuar domésticos, la contribución a las cargas del matrimonio entre otros, etc.

3. Medidas en relación a los hijos. La prestación de alimentos.

De todas las medidas que el juez debe tomar, las abordadas por los arts. 92,93 y 94 se refieren a las relaciones entre los padres y los hijos. El art.92, cuya redacción se

³⁸ Contra el auto de aprobación o de denegación de la celebración del matrimonio cabe recurso en vía gubernativa, según las reglas establecidas para los expedientes en general.

³⁹ RDGRN 7/04/2006, en el recurso interpuesto contra el auto dictado por el Juez Encargado del Registro Civil, en el expediente sobre actuaciones sobre autorización para contraer matrimonio.

⁴⁰ La declaración de nulidad, separación y divorcio exige una sentencia, y por tanto, la realización de un proceso previo al respecto, donde la figura del juez resulta preceptiva y necesaria, pues los acuerdos y derechos establecidos por los cónyuges se encuentran sometidos al control judicial. De esta forma el **art.91 CC** dispone que *“En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias”*.

debe a la ley 15/2005, recoge ciertas **manifestaciones sobre el principio de “favor filii”**⁴¹, así, su apartado 1 establece que “*La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos*”. Los padres tienen la obligación de alimentar a sus hijos aunque hayan sido privados de la patria potestad, ya que el **fundamento de esta obligación radica en la relación de filiación**⁴². De esta manera, Rabadán Sánchez-Lafuente⁴³ fundamenta que “*Siguiendo el art.154 del CC, los padres deben prestar alimentos a los hijos que se encuentren bajo su patria potestad. Estos alimentos no son distintos de los contemplados en el art.142 del CC, pues la obligación de los padres de alimentar a los hijos no deriva de la patria potestad, sino de la relación paterno-filial que les une – arts. 110 y 111 del CC -, es decir, se trata de una deuda alimenticia en la que el parentesco es la filiación*”.

El art. 142 dispone que, se entiende por alimentos “*todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, y asistencia médica*” (párr. 1º CC), “*educación e instrucción*”, así como la de afrontar “*los gastos de embarazo y parto*” (Párr. 2º y 3º CC)⁴⁴. Sin embargo este precepto, en relación con lo dispuesto en el art.93, genera un interrogante por parte de la doctrina, que se plantea que, si el art.142 a parte de referirse a los supuestos de alimentos entre parientes, hace referencia de la misma manera a la obligación alimenticia de los padres respecto a los hijos, o, si, por lo contrario, estamos hablando, de que los alimentos debidos por razón del art. 93.1 del CC no se identifican con los del art. 142 del CC.

Dichas discrepancias se ven reflejadas en la jurisprudencia. Así el TS, mediante su doctrina sentada en la sentencia del 5/10/1993[RJ\1993\7464] y en la sentencia del 16/07/2002[RJ\2002\6246] declara que la obligación de prestar alimentos a los hijos bajo la patria potestad abarca ciertas características que permiten diferenciarla de la obligación de alimentos entre parientes establecida en el art. 142 del CC, pues determina que, cuando la prestación de alimentos esté vinculada a la patria potestad, tendrá una singularidad y amplitud especiales declarando que “*el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia – así, art.145.3º – y precisamente por incardinarse en la patria potestad derivando básicamente de la relación paterno-filial (art.110 del CC), no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una*

⁴¹ La expresión “favor filii” es un principio jurídico esencial básico que orienta la actuación judicial que se centra en la protección integral de los hijos, debiéndose escoger las medidas que más los beneficien, entendiéndose así como superior a cualquier otro derecho del menor y primando sobre cualquier otro interés legítimo con el que entre en conflicto. RAVETLLAT BALLESTÉ, I. *El interés superior del niño: concepto y delimitación del término*, “*Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 no 2 · 2012, p. 89-108, Universidad de Barcelona.

⁴² BERCOVITZ, *Manual Derecho Civil, Derecho de Familia*, BERCAL, S.A, 2013, p.110

⁴³ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F.: “*Fundamento de la no discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales en la recepción de la pensión alimenticia*” (AC 1ª quincena septiembre 2011, num. 15, p. 1675.

⁴⁴ SAP, 12º, Barcelona 27/05/2011 [JUR 2011\257446] ha considerado que “*tanto la doctrina científica como la jurisprudencial, cuando se refieren al concepto de alimentos, integran en él no sólo los recursos indispensables para la subsistencia de una persona – teniendo en cuenta sólo sus necesidades orgánicas alimentarias -, sino también los medios tendentes al permitirle al alimentista todo lo que es conveniente para su sustento, habitación, vestido, asistencia médica cubierta por la Seguridad Social – no la privada - así como también los gastos para formación de la menor, y para la continuación de dicha formación, una vez haya alcanzado la mayoría de edad*”.

normativa, en gran parte sólo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados”⁴⁵. El TC⁴⁶ también señala «que mientras la obligación de alimentos entre parientes descansa en la situación de necesidad perentoria de los mismos o para subsistir y se le abona solo desde la fecha en que se interponga la demanda, los alimentos de los hijos, en la medida que tienen su origen en la filiación, art. 39.3 de la CE, ni precisan demanda alguna para que se origine el derecho a su percepción, ni la Ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos». Por otro lado, la SAP Murcia⁴⁷ reconoce que el concepto legal de alimentos si se dispone en el art. 142 del CC, y afirma que habrá que recurrir a él cuando el art. 93 del CC establezca la necesidad de fijar la contribución correspondiente a cada progenitor respecto a los alimentos de los hijos menores e incluso mayores de edad.

ALBALADEJO⁴⁸ considera que los alimentos, en los casos de hijos menores, deben cubrir las necesidades de la vida, no al nivel mínimo aceptable, sino al tenor que pidan las circunstancias del caso, pudiendo alcanzar a una existencia confortable e, incluso, lujosa. PÉREZ-SALAZAR RESINO⁴⁹ considera que “*poco a poco se va determinando la existencia de tres tipos de gastos que configuran el conjunto de lo que un hijo precisa. Los gastos que dependen de la convivencia, los ordinarios que no dependen de la estancia con los hijos, y los llamados extraordinarios cuya delimitación o previsión inicial es más difícil*”.

A pesar de todo ello, aunque si puede haber relación entre las diferentes prestaciones alimentarias, la doctrina mayoritaria coincide en que “la obligación alimenticia” propiamente dicha (art.142 y ss CC), no debe confundirse con los deberes de alimentar a los hijos menores sujetos a patria potestad⁵⁰ (art.154 CC). El TC⁵¹ ha resaltado el imperativo constitucional de que los padres presten asistencia de todo tipo a sus hijos menores, destacando que «*tienen como único fundamento la relación paterno-filial, con independencia de que la filiación sea matrimonial o extramatrimonial, de que haya existido separación, nulidad o divorcio, e incluso de que los padres ostenten o no la patria potestad*».

De esta manera podemos confirmar como la obligación de prestar alimentos por parte de Felipe hacia Lucía, es un **deber inherente a la filiación, ya que la obligación se origina, sin necesidad de mayores requisitos, por el nacimiento del hijo y perdura**

⁴⁵ STS 5 /10/1993 [RJ 1993\7464]

⁴⁶ STC 14/03/2005 [nº57/2005] [RTC\2005\57]

⁴⁷ SAP Murcia 11/07/2006 [JUR\2006\252851]

⁴⁸ ALBALADEJO, Manuel: “*Curso de Derecho Civil*”. Ediosfer, 2006, p. 15.

⁴⁹ PÉREZ-SALAZAR RESANO, M.: “*La pensión de alimentos en los supuestos de custodia compartida*” (Abogados de Familia, año XVII, nº 64, 19.4.2012, p. 4.

⁵⁰ Las diferencias entre los alimentos debidos a los hijos y la obligación legal de alimentos entre parientes se aborda con profundidad por MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002): *La obligación legal de alimentos entre parientes, La Ley*, Madrid, pp. 367 y ss., destacando la falta de similitud en cuanto a los presupuestos de exigibilidad, el diferente momento del nacimiento, las causas de extinción, etc.

⁵¹ STC 13/02/2006 [RTC\2006\33]: Se menciona la obligación de los padres de prestar asistencia de todo tipo a sus hijos, por imperativo constitucional, asistencia que incluye la contribución a alimentos.

tras la acción de nulidad o divorcio. La pensión alimenticia es una obligación de mantenimiento de los padres respecto a los hijos y podrá consistir en dinero o en especie⁵². La AP de Madrid⁵³ destaca el valor que debe atribuírsele al uso de la vivienda como pago en especie de los alimentos fijados en el proceso matrimonial, estimando que para fijar el quantum de la pensión alimenticia de los hijos debe ponderarse como uno de los factores fundamentales la aportación de vivienda común o privativa del progenitor no custodio como forma de contribución en especie al pago de los alimentos debidos.

Para estos supuestos en los que se rompa la convivencia matrimonial, a falta de acuerdo entre los cónyuges, el juez determinará en la sentencia *“la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”*⁵⁴.

Por lo tanto, el deber de alimentar a los hijos, atendiendo a argumentos manejados por el TS, son **«deberes insoslayables inherentes a la filiación»**. Así, en su Sentencia 10/07/2015 [RJ\2015\2563] y 2/03/2015 [RJ\2015\601], respecto a dicha obligación se pronuncia de la siguiente manera: *“De inicio se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 CE, y que es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico (SSTS de 5 de octubre de 1993 y 8 de noviembre de 2013)”*. Tratándose de menores, señala, *“más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención”*. El interés superior del menor se sustenta, entre otras cosas, en el derecho a ser alimentado y en la obligación de los titulares de la patria potestad de hacerlo “en todo caso”, conforme a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, como dice el art. 93 del CC, y podrá modificarse siempre que se haya producido un cambio sustancial en las circunstancias (art.91 CC). La cuantía de la pensión⁵⁵ debe ser proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, de conformidad con el art. 146 CC, además que dependerá también del sistema de guardia y custodia de los hijos. Comprobamos así, que los tribunales españoles aplican reiteradamente las normas sobre alimentos del art.142 y ss. Los gastos extraordinarios para los hijos, deberán ser sufragados por ambos progenitores, siempre en proporción a sus ingresos y posibilidades. En caso de reclamación judicial, los alimentos

⁵² El trabajo personal o la dedicación al cuidado de los hijos, art.103.3 II y 1438 CC.

⁵³ SAP Madrid, 22/12/2014 [JUR\2015\61103] señala que *“Se considera proporcionada la cantidad (...) tal y como se recoge en la STS 18/03/2014 adecuada a las necesidades acreditadas del menor y a los ingresos de cada uno de los progenitores, teniendo en cuenta, además que se atribuye al menor y a la madre el uso de la vivienda familiar (común debiendo el padre buscar otra vivienda para él...”* Similar jurisprudencia se aprecia en SAP Madrid 6/03/2013 [JUR\2013\174104].

⁵⁴ Art.93 CC. Los alimentos a los hijos van incluidos dentro de las previsiones dispuestas por el presente artículo.

⁵⁵ Ver Anexo 2. *Tabla de pensiones de alimentos en los procesos matrimoniales.*

deben presentarse por el cónyuge deudor, no desde la fecha de la sentencia, sino desde el momento de interposición de la demanda⁵⁶.

Es destacable el hecho de que Felipe convence a Leticia para que deje el blog que ella define como su “verdadera pasión”, asegurándole que podrá mantenerla tanto a ella como a su hijo en todos los aspectos. Al acabar dejando también su trabajo y dependiendo por completo económicamente de Felipe, se podrá apreciar un desequilibrio económico tras el divorcio, correspondiéndole así una pensión compensatoria.⁵⁷

CUESTIÓN IV

IV. La vivienda familiar

1. Concepto y caracteres

El art.47 de la CE determina que la vivienda es un bien que se caracteriza por satisfacer una necesidad básica de la persona proporcionada a las circunstancias de la misma⁵⁸.

Por vivienda familiar se ha de entender “*el lugar habitable donde se desarrolla la convivencia familiar*”⁵⁹; aquella en la que los cónyuges cumplen su obligación de vivir juntos⁶⁰. El TS⁶¹ se refiere a ella como “*(...) bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quienquiera que sea el propietario (...)*”. Y no debe entenderse por vivienda familiar cualquier espacio físico, excluyéndose así todos los sitios que no puedan servir de residencia a las personas que forman el grupo familiar, así como tampoco aquello a lo que actualmente denominamos segunda residencia⁶². El art. 90 del CC se refiere a la atribución del uso de la vivienda, sin

⁵⁶ STS 30/09/2016 [RJ\2016\4844]: Según el citado precepto la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda; y es criterio jurisprudencial el de su aplicación a los hijos menores de edad, criterio seguido por el TS en Sentencias ; 3 de octubre de 2008 [RJ\200\7123] ; y doctrina declarada en Sentencia de 14 de junio de 2011 [RJ\2011\4527] en los siguientes términos: “*Debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148.1 CC , de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda*”. Todo lo cual se reitera en SSTs de 26 de octubre de 2011 [RJ\2012\1125] y 30 de octubre de 2012 [RJ\2012\1012]”.

⁵⁷ STS 18/03/2014 [RJ\2014\2122]

⁵⁸ El art. 47 de la CE regula: “*Todos los españoles tienen derecho a gozar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho...*”.

⁵⁹ HERRERO GARCÍA, M J., “Comentario al artículo 1320 del Código Civil”, en Comentario del Código Civil, Tomo II, Ministerio de Justicia, 1991, p. 588.

⁶⁰ Art.68 CC. Como se aprecia en STS 31/5/2012 [RJA\2012\6550]

⁶¹ STS 31/12/1994 [RJ\1999\1994]

⁶² La STS 9/05/2012 [RAJ\2012\5137], constata que no se puede considerar vivienda familiar a 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*

especificar ningún calificativo, sin embargo el **art. 96** hace referencia expresa a la vivienda familiar. No obstante, ello no ha sido obstáculo para que tanto la doctrina⁶³ como la jurisprudencia hayan considerado que en ambos supuestos se entienda a la vivienda habitual como vivienda familiar.

Las reformas del 13 de Mayo y 7 de julio de 1981 del CC introdujeron una serie de preceptos destinados únicamente a la vivienda familiar; entre ellos, son destacables los referidos a la situación de crisis matrimonial [arts. 90.B) 3, 91, 96, 103, 104 del CC]⁶⁴».

RAMS⁶⁵ señala que “*la preocupación de la mayoría de los poderes legislativos del mundo desarrollado por la vivienda familiar viene siendo una constante en el presente siglo, dando lugar a una serie interminable de leyes que, directa e inmediatamente o, por lo general mediatamente se ocupan de la cuestión*”.

2. Las donaciones por razón de matrimonio

En la sociedad actual, constituye una práctica habitual que los cónyuges, como motivo de su boda, reciban una serie obsequios por parte de sus amigos y familiares. En ocasiones, puede darse el caso, de que, **sus ascendientes los provean de la vivienda familiar**. Independientemente de su valor, todas las donaciones que reciben los contrayentes se consideran desde el punto de vista jurídico donaciones por razón del matrimonio⁶⁶; se trata de donaciones *propter nuptias*. Son donaciones condicionales en la medida en que están subordinadas a un matrimonio futuro. Debido al carácter resolutorio de la condición, el donatario no adquiere lo donado cuando contrae matrimonio, sino que lo adquiere en el momento en el que se lleva a cabo la donación⁶⁷. La eficacia de las donaciones depende de la efectiva celebración del matrimonio (art.179 LDCG)⁶⁸. En el presente caso, María, la madre de Felipe, les obsequia con una vivienda

rija las relaciones entre cónyuges”. DE LA IGLESIA MONJE, M.I., “Atribución judicial”, *op. cit.*, analiza la referida sentencia y la pone en relación con fallos de la jurisprudencia de instancia (pp. 1181-1884).

⁶³ GARCÍA CANTERO, G., opina que al referirse este precepto a vivienda familiar y no a vivienda habitual, «*da al juez mayor discrecionalidad para disponer el uso de una vivienda de la familia, aunque no sea la habitual*», «Comentario al artículo 96», en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, T. II (arts. 42-107 del CC), Editorial Edersa, Madrid, 1982, p. 409.

⁶⁴ MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales: artículo 1357, párrafo 2, del Código Civil*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2004, p. 17 y 18.

⁶⁵ RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, 1991, p. 99.

⁶⁶ Según el art.1336 CC Las donaciones por razón de matrimonio han de perfeccionarse en todo caso antes de las nupcias, aunque su ejecución o efectividad quede demorada para un momento posterior. Aquellas que sean realizadas tras el matrimonio, quedarán sometidas a lo dispuesto por los art.618 y ss CC; Dentro de este concepto también se engloban las que son propiamente donaciones entre futuros esposos (art.1341 CC). Sin embargo, el art.175 Cap. III, de la LDCG 2/2006, de 14 de junio, incluye en el concepto de donaciones por razón del matrimonio las realizadas después de su celebración, considerando indiferente el momento en el que se realiza la donación.

⁶⁷ BERCOVITZ RODRIGUEZ, R. *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*. BERCAL S.A. 2013, p.140.

⁶⁸ FJ3º SAP Zamora 28/05/1999 [AC 1999\5570]: “(...) *es obvio que si el matrimonio no llega a celebrarse, en plazo de un año desde la donación, esta queda sin efecto debiendo devolver el donatario o donataria la cosa recibida*”.

situada en Lugo, una semana antes de la celebración de su boda. Al consistir la donación en un inmueble sito en Lugo, y suponiendo que María posea la vecindad civil gallega, conviene destacar que **se registrará según lo dispuesto en la LDCG 2/2006, de 14 de junio.**

En cuanto al régimen jurídico, la LDCG no determina nada, sin embargo atendiendo a lo dispuesto en el CC, el art. 1337 dispone que “*estas donaciones se rigen por las reglas ordinarias en cuanto no se modifiquen por los artículos siguientes*”. Lo que significa que las donaciones por razón del matrimonio se registrarán ante todo por sus propias reglas y, cuando éstas no existan, por las disposiciones generales de las donaciones⁶⁹.

Respecto a sus elementos personales, la LDCG nada especifica al respecto, mientras que el CC establece en su art.1338 que el donante podrá ser tanto un tercero (como en este caso es María, la madre de Felipe), como también uno de los futuros contrayentes, o incluso el menor no emancipado; el donatario será siempre uno de los futuros cónyuges, o por el contrario, ambos. Para este último caso, el art 178.2 LDCG⁷⁰ dispone que “*Si la sociedad de gananciales no fuera el régimen económico matrimonial, los bienes dados conjuntamente a los esposos pertenecen a ambos en pro indiviso ordinario y por partes iguales, salvo que el donante dispusiera otra cosa*”⁷¹. En el presente supuesto **María dispone que Felipe será el propietario de la vivienda** y que ella se encargará de todos los trámites legales que fueran necesarios.

La donación de bienes inmuebles deberá realizarse en escritura pública (art.176 LDCG)⁷². Será exigible en todo caso la aceptación de ambos cónyuges (art.178.3 LDCG). Según la Jurisprudencia del TS, la exigencia de escritura pública para la donación

⁶⁹ LASARTE, C. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*. Marcial Pons, 2009, p. 166 y ss.

⁷⁰ El art. 1339 CC hace referencia a los bienes donados conjuntamente a los esposos, sin especificar si la sociedad de gananciales fuera o no el régimen económico matrimonial.

⁷¹ FJ4º SAP Madrid 7/10/2014 [JUR 2014\289790]: En esta sentencia se hace referencia al dinero ingresado en una cuenta que se hizo a favor de ambos esposos por partes iguales, aplicando así lo dispuesto en el 1339 CC (LEG 1889/27) y, por tanto los bienes donados conjuntamente pertenecen a ambos esposos por partes iguales y no habiendo dispuesto los donantes otra cosa, sobre ellos proindiviso. Se señala que, al abrirse la cuenta antes de contraer matrimonio y en consideración al mismo, las cantidades ingresadas en la misma, se han calificado jurídicamente como de donaciones por razón del matrimonio, expresamente definidas en el artículo 1.336, como aquellas que cualquier persona hace, antes de celebrarse dicho acto, en consideración al mismo y en favor de uno o de los dos esposos, las cuales **deberán regirse, en primer lugar por sus propias reglas (arts. 1137 a 1343) y, en lo no previsto se rigen por las reglas comunes de las donaciones ordinarias (arts. 618 a 656).**

⁷² FJ1º SAP Jaén 16/05/2001 [JUR 2001/213655]: Determina la necesidad de la existencia de un contrato de donación con transmisión del derecho de propiedad que debe constar en escritura pública y la importancia de la aceptación: “ (...) *en este estado de cosas, la única oposición a la situación de precario descrita se basa en que la cesión gratuita de la vivienda lo fue para siempre, esto es, que en definitiva se realizó una donación "propter nuptias" pero, la existencia de dicho contrato en modo alguno se ha acreditado y no podemos además encajar la cesión gratuita del uso de la vivienda en el ámbito de los arts. 1336 y 1337 Código Civil, ya que estos prevén la previa existencia de un contrato de donación con transmisión por lo tanto del derecho de propiedad, debiendo constar por remisión al art. 633 CC, en escritura pública al tratarse de inmueble, en la que había de constar igualmente la aceptación si no se hizo en escritura separada*”.

de bienes inmuebles constituye en nuestro derecho un supuesto de forma “*ab solemnitate*”⁷³.

El art.177 LDCG dispone que “**Las donaciones por razón de matrimonio podrán someterse a condición**”; en el supuesto de hecho podemos contemplar como **María**, tras sufrir una lesión como consecuencia de una caída, **pide a Felipe que la ayude con la rehabilitación y la cuide**, como habían acordado previamente a la donación de la vivienda.

Además, por la causa que las mueve, estas donaciones producen algún efecto especial en materia de revocación. Así, el art.180 LDCG dispone que las donaciones por razón de matrimonio realizadas por terceros, serán revocables por la nulidad, separación o divorcio de los cónyuges, si los mismos bienes donados estuvieran en poder de los cónyuges. Dicho precepto determina que en cuanto fuera compatible con lo dispuesto en este artículo, el régimen jurídico de la revocación será el del incumplimiento de cargas previsto en materia de donaciones por el CC; el art.1343 de este Código hace referencia exclusivamente al incumplimiento de cargas, donde, a parte de considerar que **la nulidad del matrimonio equivale a un incumplimiento de cargas**, añade además de “cualesquiera otras específicas” a las que pueda haberse subordinado la donación.

De esta manera si se solicitara la nulidad del matrimonio entre Felipe y Leticia, la donación del inmueble sito en Lugo, en la que María instituye a Felipe como propietario, sería revocada.

Por lo tanto, si el matrimonio entre Leticia y Felipe hubiera sido declarado nulo, María podría proceder a la revocación del inmueble, y volvería a ser propietaria. Sin embargo, para analizar la siguiente cuestión sobre la asignación del uso de la vivienda, partiremos de la base de que el matrimonio hubiera sido válido (tras solicitarse la dispensa), manteniéndose así que la propiedad de la vivienda correspondería a Felipe.

3. Medidas relativas al uso de la vivienda familiar.

La atribución del uso de la vivienda familiar, tras una crisis conyugal, plantea situaciones complejas⁷⁴ y presenta indudables conexiones entre el régimen de custodia establecido tras la nulidad, separación o divorcio.

La ley de 24 de abril de 1958 de modificación de ciertos artículos del Código Civil, fue la primera que hacía referencia directa a la vivienda común, regulando en su artículo 68 las medidas que el juez debía adoptar una vez fueran admitidas las demandas de nulidad o de separación a lo largo del proceso matrimonial. En su párr. II especifica: “*Determinar cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda común, teniendo en cuenta, ante todo, el interés general más urgentemente necesitado de protección...*”.

⁷³ La forma o solemnidad se requiere para la validez del contrato.

⁷⁴ En la doctrina española son numerosos los estudios sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, después de la reforma llevada a cabo por la Ley 30/1981, de 7 de julio, que dio al art. 96 CC su actual redacción.

Los cónyuges podrán fijar mediante convenio cuál de ellos continuará en el uso de la vivienda. Este convenio regulador es recogido en el art. 90 del CC, precepto que determina el contenido que como mínimo han de pactar los cónyuges, cuando pongan fin a la convivencia matrimonial por mutuo acuerdo o a petición de uno con el consentimiento del otro. Acuerdo que será aprobado por el juez, salvo si es dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges y, cuyo apartado C) se refiere a «la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar»

En su defecto, el **art. 96 CC** establece que “*de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden*”. El art. 159 establece que en el caso de que los padres vivan separados y no haya acuerdo, el juez decidirá a cargo de qué progenitor quedan los hijos menores de edad, siempre en beneficio de ellos y oirá a todos aquellos que tuvieran suficiente juicio y en todo caso que fueran mayores de doce años.

Así, el art. 96 CC aborda la cuestión de cuál de los cónyuges debe seguir usando la vivencia familiar tras la sentencia de nulidad, separación o divorcio. La atribución de la vivienda a Leticia o a Felipe dependerá, en consecuencia, de a quien atribuya el juez la guardia y custodia de los hijos. De la misma forma se pronuncia el juez como medida provisional derivada de la admisión de la demanda en el art. 103.2 CC⁷⁵. La finalidad primordial del precepto es asegurar el interés preferente del menor de seguir teniendo cubierta su necesidad de habitación,⁷⁶ permaneciendo en la vivienda en la que residían previamente a la crisis conyugal, presuponiendo que esta solución es la más favorable⁷⁷; **y, el del otro consorte cuando su interés sea de necesitada protección,** dejando más de lado el interés del cónyuge a quien no se le concede el uso de la vivienda familiar⁷⁸. Por ello, se deberá tener en cuenta también la diferente situación económica en la que se encuentra Leticia frente a la de Felipe, la atribución de la guarda y custodia de la hija menor de ambos, así como también la vivienda en Mallorca de la que también es propietario Felipe, y los malos tratos a los que está sometida Leticia, de los que hablaremos posteriormente.

El interés del menor, es uno de los criterios fundamentales por los que se rige el juez en cuanto a la asignación de la vivienda. Si existen hijos menores de edad, y todos ellos están bajo la custodia de un solo cónyuge, la vivienda se atribuye a los hijos

⁷⁵ El art. 103 del CC determina “*Admitida la demanda, el juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará con audiencia de estos las medidas siguientes: 2. Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar...*”. Así como los artículos 771 y 773 de la LEC.

⁷⁶ Cumpliendo, así, el mandato de protección integral de los hijos dirigido a los poderes públicos contenido en el art. 39 CE.

⁷⁷ SALAZAR BORT, S., *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, cit., p. 46, afirma que la norma es una manifestación de lo que denomina “principio de mantenimiento de los hijos menores en su entorno habitual”, principio sobre el que autor profundiza en las pp. 49-51.

⁷⁸ DE VERDA Y BEAMONTE. J. R., “*La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el derecho español: La superación del derecho positivo por la práctica jurisprudencial, Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015*”, p. 9-43.

y al cónyuge custodio en aplicación del “favor filii”. El TS⁷⁹ ha afirmado en reiterada jurisprudencia que esta disposición se debe interpretar en el sentido que protege el interés de los menores, que resulta ser el más necesitado de protección en el procedimiento matrimonial.

Las formas de atribución del uso de la vivienda familiar que predica dicho artículo son varias y ello con independencia del régimen económico matrimonial⁸⁰ y de quien sea el titular de la misma⁸¹. Según ESPIAU⁸² *“la consideración de que la vivienda familiar supone un régimen jurídico peculiar del inmueble se manifiesta también en una situación de crisis matrimonial; pese a ella y precisamente a consecuencia de la misma, se establece la necesidad de su atribución a uno de los cónyuges y que dicha atribución rija por otros criterios, antes que por el que correspondería a la titularidad de la vivienda. La regulación de la atribución en una crisis matrimonial deroga, pues, lo que podría calificarse como régimen normal de la misma, entendiéndose como tal aquél que determinará su atribución a quien fuera titular”*. Por ello, la vivienda podrá ser de un solo cónyuge, al tratarse de un bien privativo, como ocurre con el inmueble que María le regala a Felipe como motivo de su boda, asignándolo como propietario de la vivienda familiar.

La atribución de la misma no podrá ser temporal, sino que debe abarcar todo el tiempo en que los menores lo sigan siendo. El TS⁸³ ha manifestado que *“se trata de 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”*. De la misma manera, la SAP de Las Palmas⁸⁴ establece pronunciamientos

⁷⁹ FJ 5º STS 30/05/2012 [RJ\2012\6547] esta sentencia remite, a su vez, anteriores y considera: *“El artículo 96.1 del CC establece que el uso de la vivienda se atribuye a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”*. STS 29/04/2014 [RAJ\2014\3889], STS 2/06/2014 [RAJ\2014\2842] y STS 28/11/2014 [RAJ 2014\6048]. Y por último la STS 13/07/2012 [RJ 2012\8358] cuyo FJ 8º vuelve a considerar que *“la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por un juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil”*.

⁸⁰ FJ4º STS 1/04/2011 [RJ\2011\3139] considera: *“[...] La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección que se aplica con independencia del régimen del bien acordado entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo en que los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien”*.

⁸¹ SSTS 21/06/2011 [RJ 2011\7325] y 21/5/2012 [RJ 2012\6532].

⁸² ESPIAU ESPIAU, *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Promociones y Publicaciones Universitarias, S. A., Barcelona, 1992, p. 198 y 199.

⁸³ STS 26/04/2012 [RJ\2012\6102]: El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla.

⁸⁴ SAP Las Palmas, 15/10/2007, [JUR\2008\47789] misma doctrina establece el constitucional en STC 13/6/2012 [RJ\ 2012\8358], entre otras. Sin embargo, existe jurisprudencia contradictoria entre las AP, como se puede contemplar en la SAP de Valladolid, 17 /01/2007, [JUR\2007\74235], que admite la posibilidad de establecer una limitación temporal en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar al hijo menor.

que consideran imperativa la aplicación del art. 96 del CC y entienden que “*no admite una limitación temporal a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar que pueda suponer la privación de este derecho de uso a los hijos menores*”. Por este motivo no es posible limitar temporalmente el derecho al uso hasta que se determine la liquidación de la sociedad de gananciales⁸⁵. Por lo tanto, aunque el tiempo sea indefinido, se extinguirá cuando el cónyuge que usa la vivienda haya perdido la custodia de los hijos, o cuando estos no convivan ya con el (es decir, cuando alcancen la mayoría de edad, estén emancipados, etc).

En el supuesto de que cada cónyuge tuviera la guarda y custodia de algunos hijos, resolverá el juez (art.96.2) teniendo siempre en cuenta el interés más necesitado de protección. Por ejemplo, en el caso de que Leticia se quedara con la custodia de Antonio, y Felipe se quedara con la de Lucia. Para ESPIAU⁸⁶ la atribución de la vivienda familiar que regulan estos preceptos: «*se caracteriza fundamentalmente por dos notas: tratarse de una atribución del uso de la misma y realizarse en función de un interés —de los hijos o de los propios cónyuges— que se considera especialmente necesitado de protección y mientras dure esa necesidad*». Si no hubiera hijos al cuidado de alguno de los cónyuges, o fueran mayores de edad, por regla general el uso de la vivienda correspondería al cónyuge titular del derecho de usarla.

A parte de los casos recogidos en el art.96.1 y 3 CC, también se deberá tener en cuenta “**el interés más necesitado de protección**” en los supuestos de custodia compartida⁸⁷. Cabría la posibilidad de que Leticia, interpusiera demanda contra Felipe solicitando la atribución de la guarda y custodia de sus dos hijos y que por ello, Felipe se opusiera solicitando la guarda y custodia compartida entre ambos progenitores⁸⁸. El TS⁸⁹ afirma que “*la guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los*

⁸⁵ STS 14/4/2011[RJA\2011\3590]: “*Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor*”. Se reitera esta jurisprudencia en 21/6/2011 [RJA\211\7325].

⁸⁶ ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Promociones y Publicaciones Universitarias, S. A., Barcelona, 1992, p. 199.

⁸⁷ SAP Barcelona, 20/02/2007 [JUR\2007\101427] define la guarda y 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, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro*”.

⁸⁸ Un supuesto similar se puede apreciar en la STS 4/02/2016 [RJ\2016\260] (...) “*violencia del ámbito familiar con evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas directa o indirectamente, y a quienes el sistema de guarda y custodia compartida propuesto por progenitor paterno y acordado en la precedente sentencia les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada*”.

⁸⁹ FJ5º STS 15/10/2014 [ROJ\3900\2014]

progenitores, sin que este Tribunal pueda decidir sobre la conveniencia general o no de esta forma de protección de los hijos en los casos de ruptura matrimonial de sus padres, salvo si ello es conveniente para ellos en este momento(...)". Sin olvidar, tal como afirma el TS⁹⁰ que "(...) 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 (...)”.

El art.92.5 dispone que el juez podrá acordar el régimen de custodia compartida si así lo solicitaran ambos progenitores en el convenio regulador o en el transcurso del procedimiento, con las cautelas previstas en el número 6, encaminadas a la valoración de “la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”. Así mismo, según el número 8 de la norma, el Juez podrá establecer el régimen de custodia compartida, incluso, en defecto de acuerdo de ambos progenitores siempre que sea solicitada por alguno de ellos⁹¹ pero sólo “Excepcionalmente”, con informe favorable del Ministerio Fiscal, y “fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”⁹².

En relación con el supuesto de hecho objeto de nuestro estudio, es destacable el apartado 7 del precedente artículo donde se establece que no será posible la guarda conjunta en los supuestos en los que alguno de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, libertad, integridad física, moral o a la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos, así como tampoco procederá en los casos en los que el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de “indicios fundados de violencia doméstica”. En el supuesto de hecho no se habla de la existencia de ningún proceso penal iniciado pero si podemos comprobar como Leticia está sometida a un continuo control por parte de Felipe y recibe en distintas ocasiones golpes y empujones que desembocan en una serie de lesiones por las que tiene que acudir al médico (una de ellas durante la gestación del embarazo de Lucía).

Según lo dispuesto en el art.544 ter LECrim, si existiesen estos indicios sobre alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal el Juez de instrucción dictará orden de protección⁹³, para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, resulte una situación objetiva de riesgo para ella que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo. Esta orden de protección le otorga a la víctima una serie de medidas cautelares de orden civil y penal, así como también medidas de asistencia y protección social recogidas en el ordenamiento jurídico. Las de carácter civil podrán ser solicitadas tanto por la víctima, como por su

⁹⁰ FJ2º STS 11/03/2010 [RJ 2010\2340]

⁹¹ Del art. 92.8 CC, se deduce que no puede imponerse de oficio una custodia compartida no pedida por ninguno de los progenitores. STS 19/04/2012 [RJ\2012, 5090] y STS 29/04/ 2013 [RJ\2013\3269].

⁹² El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, de ser aprobado, supondría un cambio en cuanto que se aparta del vigente art.92, de manera que la guarda compartida pasaría a ser un régimen alternativo al de la custodia individual.

⁹³ Ver **Anexo 3. Medidas Cautelares Penales y la Orden de Protección.**

representante legal o bien por el Ministerio Fiscal en el caso de que existan hijos menores, y si fuera necesario, estarán complementadas por otras serie de medidas, siempre y cuando no fueran previamente acordadas por un órgano jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del CC. Al existir en este supuesto de hecho personas menores⁹⁴, el Juez podrá pronunciarse de oficio para determinar su adopción. Por estas medidas se entienden aquellas relativas a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores, régimen de prestación de alimentos, y todas aquellas que sean necesarias para evitar cualquier tipo de peligro o perjuicio. Tienen una finalidad preventiva, donde el interés de la víctima es el que deberá prevalecer a la hora de decidir la asignación del uso, teniendo en cuenta, en la medida de lo posible el interés de los menores. Los criterios del juez civil para acordar el mantenimiento del uso de la vivienda familiar fijado por el juez penal en la orden de protección, no son los mismos que fundamentaron la decisión del juez penal. El juez penal que dicta la orden de protección lo hace buscando la protección de la víctima, y desde esa perspectiva acordará si así se lo solicitan el uso de la vivienda familiar. El juez civil la mantendrá solo si es encajable dentro de los criterios del art.96 CC⁹⁵.

Así, la AP⁹⁶ de Cantabria ha declarado la revocación de la decisión del Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Santander que había otorgado la custodia compartida de sus hijos a un hombre condenado por un delito de malos tratos. La Audiencia ha estimado los recursos presentados por la madre de los menores y por el ministerio fiscal, que sostenían que no procedía atribuir la custodia compartida por haber sido condenado el progenitor por un delito de violencia de género. A este respecto la Sala recuerda 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"*⁹⁷. *"En consecuencia, procede atribuir la guarda y custodia sobre los hijos menores a la madre"*.

La valoración de los hechos del Interés superior del menor ha de realizarse independientemente de la incardinación en tipos penales determinados, esté el supuesto de hecho incluido o no en la lista del párr. 7º del art. 92 C.C., como así expone el TS⁹⁸ *"El delito por el que fue condenado el ahora recurrente no está incluido en la lista contenida en la primera parte del párrafo séptimo del artículo 92 CC, pero sí puede*

⁹⁴ Ver Anexo 4. *Solicitud de adopción de medidas sobre los hijos menores ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.*

⁹⁵ CERVILLA GARZÓN, M, D: *"El derecho a usar la vivienda familiar en las recientes reformas del Derecho de Familia"* La reforma del matrimonio: (Leyes 13 y 15/2005) / coord. por Julio V. Gavidia Sánchez, 2007, ISBN 84-9768-402-8, p. 80-126.

⁹⁶ FJ2º SAP Cantabria, 9/03/2016 [JUR\2016\162098]

⁹⁷ SSTS 29/04/2013 [RJ\2013\3269]; 16/02/2015 [RJ\2015\553] y 21/10/2015 [RJ\2015\4784] determinan que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción actitudes y conductas que benefician al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

⁹⁸ FD3º STS 7/04/2011 [RJ\2011\3152]

*constituir un indicio de violencia o de situación conflictiva entre los cónyuges, en cuyo caso, la ley declara que no procede la guarda conjunta.” El art.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 desenvuelva 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”⁹⁹.*

Por todo ello, dependiendo de las consideraciones del juez, podrán darse diversas circunstancias. Así, el TSJ¹⁰⁰Cataluña ha denegado la custodia compartida por haberse iniciado un proceso penal, considerando a los menores víctimas indirectas. Sin embargo, en otro supuesto¹⁰¹ ha otorgado, a pesar de la sentencia dictada por un delito de lesiones leves en el domicilio familiar, la custodia compartida al considerar que el menor no era víctima indirecta, denegando así la atribución de la custodia individual y el uso del domicilio familiar solicitado por la recurrente.

En cuanto a los supuestos al margen de la solicitud de la custodia compartida, la AP¹⁰² de Zamora ha valorado todas las circunstancias, determinado que el padre le otorga una mayor estabilidad a la hija, atribuyéndole la guarda y custodia de la misma al determinar que los actos no supusieron maltrato¹⁰³. Declara que tanto uno como otro cónyuge reúnen cualidades y aptitudes necesarias para hacer frente a las responsabilidades que conlleva la guarda y custodia de su hija, de ahí que sean otros elementos relacionados con el bienestar e interés del menor los que decidan la situación de la misma, tales como las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo; debiéndose tener en cuenta el interés prevalente de la menor y su necesidad de dotarla de estabilidad en todas las facetas de su vida. En la presente sentencia se señala que la SAP de Córdoba, de 26 de Junio de 2000, dispone que *“dicho beneficio para el menor ha de entenderse, en relación a la determinación de la guarda y custodia, como el interés judicialmente protegible de que ésta sea atribuida al progenitor con el que convive habitualmente y cuya convivencia le permita un mejor desarrollo psico-afectivo, por un lado, y socio-escolar, por otro”*

⁹⁹ Se trata de criterios fundamentales que ha tenido la jurisprudencia reiteradamente en cuenta a la hora de integrar el interés al menor.

¹⁰⁰STSJ Cataluña, 1/12/2014 (Secc. 1ª) [RJ 2014\6740], y SAP Barcelona 18/12/2014 [JUR 2015\58987]

¹⁰¹ STSJ Cataluña 12/01/2015 (Secc.1º) [JUR 2015\72864]: “A pesar de la existencia de indicios fundamentados (entonces la condena no era firme) de actos de violencia machista, la menor no había sufrido las consecuencias ni siquiera de manera indirecta al no haber tomado conocimiento de los mismos y al tratarse de un único acto de agresión consistente en una lesión de “mínima” entidad”.

¹⁰² FJ3º SAP Zamora, 14/10/2014 [JUR\2015\7621]

¹⁰³ La presente sentencia hace referencia al Auto de fecha 17 octubre 2013 por el que se establece que no cabía tener en cuenta en su literalidad las manifestaciones de la ahora recurrente respecto al maltrato físico y psicológico sufrido, pues el mismo no ha sido en ningún caso acreditado al haberse archivado los diversos procedimientos abiertos.

No obstante, la mayoría de la jurisprudencia no concede la guarda y custodia compartida por existir indicios¹⁰⁴ o un proceso penal en curso, atribuyéndole finalmente la guarda y custodia exclusiva a la madre junto con el uso de la vivienda familiar, debiendo considerarse siempre un posible riesgo objetivo para los hijos o para el progenitor¹⁰⁵. Además, cabe tener en cuenta la escasa edad de su hija menor que había nacido pocos meses antes de producirse la segunda agresión. La SAP Córdoba¹⁰⁶ sigue las orientaciones contenidas en la Declaración sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 en la que se indica que " *salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre* " (art. 6) y que como señala la SAP Barcelona, sec. 12ª, de 24 de junio de 2008, cuando los niños son de corta edad " *el referente materno presenta una especial significación* " ¹⁰⁷. Por otro lado, y, teniendo en cuenta que la adopción de Antonio no fue válida, no se discutiría sobre su guarda y custodia, contemplándose así que lo mejor para ambos sería evitar la separación de los hermanos; respecto a ello, el TS¹⁰⁸ ha determinado entre las bases dispuestas en relación a un régimen de custodia compartida sobre dos menores, que " *no se podrá separar a los dos hermanos* ".

CUESTION V

VIII. La violencia doméstica y la violencia de género.

1. Evolución legislativa.

La violencia ejercida en el entorno familiar y, en particular, la violencia de género, ha formado parte de la vida cotidiana de muchas mujeres a lo largo del tiempo. Sin embargo, esta violencia estaba normalizada y naturalizada, de manera que no tenía reconocimiento como tal, lo que provocaba su invisibilidad y ocultamiento¹⁰⁹.

¹⁰⁴ FJ1º SAP Sevilla 11/12/2008 [ARP 2009\531]: "(...) *ni la ausencia de denuncias previas ni la falta de las corroboraciones objetivas que habrían significado los partes o informes médicos habituales en otros supuestos implican un vacío o debilidad probatorios que por sí mismos comprometan la credibilidad que han merecido al juzgador de instancia las pruebas personales inculpatorias (...)*". En la presente sentencia se presta especial relevancia al informe practicado por el psicólogo del Equipo Psicosocial de los Juzgados de Familia para combatir la credibilidad subjetiva de la denunciante.

¹⁰⁵ SAP Baleares 5/05/2015 [JUR\2015\139255]; SAP Madrid 20/03//2015 [JUR\2015\108490]

¹⁰⁶ FJ2º SAP Córdoba 6/05/2016 [JUR\2016\179080]

¹⁰⁷ La Organización Mundial de la Salud (OMS) y numerosas organizaciones sanitarias (entre ellas la Asociación Española de Pediatría) recomiendan y fomentan la lactancia materna exclusiva los seis primeros meses de vida y, de forma complementaria durante dos o más años.

¹⁰⁸ STS 2/07/2014 [RJ 2014\4250]

¹⁰⁹ GIL RUIZ, J.M., *Los diferentes rostros de la violencia de género*. Madrid, Dykinson, 2007, p. 22: desde antaño gran parte de los atentados contra la integridad física y psíquica que se producían en el seno de la familia quedaban impunes dentro del espacio de la domesticidad, esfera que debía quedar al margen de toda intromisión estatal. En esta esfera privada, la mujer aparece como objeto de dominio y sólo el marido propietario debe proteger y defender sus intereses, es decir, en esta "jurisdicción" doméstica extra-jurídica, la figura del pater familias se alza como juez y patriarca, dirigiendo a su mujer e hijos hacia el orden establecido. Esta consideración ha permitido la ocultación a la sociedad de su existencia.

En los últimos años se han producido en el derecho español avances legislativos en materia de lucha contra la violencia de género, que han incidido en distintos ámbitos civiles, penales, sociales o educativos a través de sus respectivas normas. Entre ellas destacan las reformas del CP¹¹⁰, en virtud de las cuales se eleva a la categoría de delito determinadas conductas llevadas a cabo en el ámbito de la violencia de género y la LO 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección integral contra la violencia de género¹¹¹, donde dicha violencia, se enfoca por la Ley de un modo integral y multidisciplinar y se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las víctimas, así como también abarca aspectos de la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones¹¹².

2. Concepto de violencia doméstica y de género.

Es evidente que las crisis matrimoniales, o en general de pareja, se encuentran desgraciadamente en el origen de muchos de los supuestos en los que se cometen hechos delictivos que pueden calificarse de violencia doméstica y/o de género¹¹³.

La violencia doméstica o también denominada violencia intrafamiliar, constituye la manifestación de violencia históricamente más frecuente y, de acuerdo con GARCÍA BERRIO-HERNÁNDEZ¹¹⁴, su característica fundamental es el ámbito espacial o relacional en que se desarrolla, es decir: que se produzca en el marco del domicilio o en el ámbito de determinadas relaciones familiares o convivenciales, constituyendo una atentado contra la paz o la armonía familiar.

La doctrina mayoritaria, entre ella nuestro ordenamiento jurídico, considera que la violencia sobre la mujer radica en la desigualdad estructural del género femenino respecto del masculino en una sociedad patriarcal¹¹⁵. Así, la LOPIVG, afirma en la exposición de motivos que la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado, aunque el ámbito de su aplicación se circunscriba a la violencia de género¹¹⁶ producida en el marco de las relaciones familiares, sino al contrario, manifestándose

¹¹⁰ GIL RUIZ, J.M., *Los diferentes rostros de la violencia de género*. Madrid, Dykinson, 2007, p.194: "las reformas del 2003 no trajeron aparejada una disminución de la violencia, sino todo lo contrario; ello llevó al legislador a activar medidas urgentes, presionado por la alarma social, con el objetivo de erradicar esta lacra social".

¹¹¹ BOE núm.313, de 29 de diciembre de 2004.

¹¹² En materia penal, la LOPIVG reforma los arts. 83, 84, 88, 148, 153, 173, y 468 CP.

¹¹³ AAVV. Guilarte Martín- Calero C. (Coor). *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. 1º edición, abril 2009.

¹¹⁴ GARCÍA- BERRIO HERNÁNDEZ, T., *Medidas de protección de la mujer ante la violencia de género*. Claves para la igualdad. Madrid, Grupo Fusión, 2008, p. 42.

¹¹⁵ AAVV Villacampa Estiarte, C. (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 28-35.

¹¹⁶ Ver Anexo 5. *Direcciones de interés en materia de ayuda a la mujer*.

como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige hacia las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas por sus agresores carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión¹¹⁷. La violencia de género a que se refiere la presente Ley (Art.1.3 LOPIVG) comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad, que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia.

3. Art. 153 CP: Delito por agresiones leves ocasionales en el contexto de la violencia doméstica y de género.

De acuerdo con el art. 153 CP: se castiga como delito causar un menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el artículo 147.2 o golpear o maltratar de obra sin causar lesión, " cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de (...)"

La LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, BOE núm. 234 de 30 de Septiembre de 2003, ha supuesto un avance para modificar la sensación de impunidad precedente con la introducción del art.153, que supuso la elevación a la categoría de delito de comportamientos que, hasta su entrada en vigor, constituían infracciones leves; así, la falta de lesiones, de maltrato y de amenaza leve con armas u otros instrumentos peligrosos, cuando se realizan sobre determinadas personas mencionadas en el art. 173.2 CP, pasaron a integrar el delito de maltrato ocasional tipificado en el art.153¹¹⁸. CABALLERO GEA¹¹⁹ señala que, el legislador elevó el ilícito a la categoría de delito para evitar que se produjeran zonas de impunidad, incrementado el rigor punitivo en los supuestos de violencia de género y doméstica.

En cuanto a las conductas típicas recogidas en el art. 153 CP, se distinguen tres comportamientos: el ocasionamiento de un menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del art.147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión.

¹¹⁷ ILLÁN FERNÁNDEZ JM, *Los procedimientos de separación, divorcio y nulidad matrimonial en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 3ª edición, Thomson, Aranzadi, p.382.

¹¹⁸ STC 17/05/2008 [ECLI: ES: TC: 2008:59]: Se justifica la mayor pena que el precepto establece "Lo que hace el legislador, y lo justifica notablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica en el apartado siguiente. No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo, como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja".

¹¹⁹ CABALLERO GEA, J. A.: *Violencia de género y, Juzgados de Violencia sobre la Mujer, Penal y Civil*, S.L. – Dykinson, Madrid, 2013, p. 48.

En cuanto a la producción de un menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 147, abarca lesiones que únicamente requieren una primera asistencia facultativa¹²⁰, diferenciándolas así de aquellas recogidas en el art.147 que analizaremos posteriormente. Sin embargo, si para su curación no es ni tan siquiera necesaria tal asistencia facultativa, nos encontraremos ante un “simple” maltrato emocional que, según los casos, podría constituir una vejación injusta o una injuria leve.

Por otro lado, la expresión "golpe o maltrato de obra que no determine lesión alguna" hace referencia a los golpes, zarandeos, empujones bruscos, heridas, hematomas, arañazo, bofetada, así como aquellas lesiones que no requieran ni asistencia facultativa ni tratamiento quirúrgico para su curación¹²¹.

Este delito tiene una posibilidad de agravación y una de atenuación. En su apartado 3º recoge cuatro subtipos agravados de los cuales destacaremos los dos principales para la aplicación del presente artículo al caso.

Por una parte, la comisión del hecho en **presencia de menores**: Se entenderá por menores aquellos que no hayan alcanzado los 18 años; Según ROMERO CASABONA¹²², será necesario que éstos gocen de una mínima capacidad para entender el sentido violento del acto presenciado. Por otra parte, cabe la agravación si la comisión de los hechos tiene lugar en el **domicilio común** o en el domicilio de la víctima: Por lo que respecta al concepto de domicilio, la doctrina ha defendido que no es necesario que sea la residencia habitual, sino que basta cualquier lugar de permanencia estable o transitoria donde la víctima desarrolle aspectos vinculados con su vida personal y familiar que le permita excluir la presencia de terceras personas¹²³.

Es necesario que el juez o tribunal valore y verifique si concurren o no los elementos que configuran el delito, el hecho debe de ser manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer. No entran dentro de este encuadre, por ejemplo la riña mutuamente aceptada. EL TS ¹²⁴afirma que el bien jurídico protegido en estos delitos es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad, presidido por el respeto mutuo y la igualdad; el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionado aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquél ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación”.

¹²⁰ Por ejemplo, la simple prescripción de unos ansiolíticos. AAVV Jiménez Díaz, M.J. (coord.): *La ley integral: un estudio multidisciplinar*. Madrid, Dykinson, 2009, p. 357.

¹²¹ RAMON RIBAS, E., *et alii.*: *La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal*. Madrid, Dykinson, 2009. P.. 39; SAP Cádiz, 27/12/2002 [ARP 2003\388] y SAP Huelva 4/04/2002 [ARP 2002\434]

¹²² ROMEO CASABONA, C. M.: *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*. Granada. Comares, 2004, p. 233.

¹²³ AAVV Jiménez Díaz, M.J. (coord.): *La ley integral: un estudio multidisciplinar*. Madrid, Dykinson, 2009, p. 364.

¹²⁴ STS 19/7/2011 [RJ\2011\10304]

4. Art. 173.2 CP: La violencia habitual en el ámbito familiar.

De acuerdo con el art.173.2 “*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 (...) será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años (...)*”¹²⁵.

Para la apreciación del tipo delictivo se tienen que cumplir todos los requisitos establecidos en este artículo, por lo que se deberá realizar un análisis pormenorizado para estimar o no la apreciación de este delito en el caso presente.

La acción típica del delito consiste en ejercer violencia física o psíquica de modo habitual sobre alguna o algunas de las personas contenidas en el tipo. El Acuerdo adoptado en Sala General del Tribunal Supremo, por el Pleno de la Sala Segunda (en su reunión del 21/07/2009), establece que la interpretación de la violencia física o psíquica incluida en el art.173.2 CP exige que el comportamiento atribuido sea activo, no siendo suficiente el comportamiento omisivo. Es necesaria además una situación de dominación, una presencia constante de violencia, un estado de atemorización a las víctimas mediante actos que incorporan distinta cara de violencia, tanto física como psíquica.

En relación al concepto de violencia física, el legislador no especifica su contenido, pero, dado que la consumación del delito no exige la producción de resultado lesivo alguno, se deduce que las agresiones leves también pueden conformar la habitualidad¹²⁶. Respecto del concepto de violencia psíquica, el TS ha declarado que se trata de aquellas conductas de las que se infiere una situación habitual de presión psicológica sobre la víctima, evidenciada por insultos, amenazas y agresiones físicas como, por ejemplo, empujones, tirones de pelo, sujeciones forzadas¹²⁷. El TS¹²⁸ ha aplicado este delito cuando la persona ha sufrido una situación de alienación continuada; humillar, vejar, creando un clima prolongado en el tiempo de intimidación y desprecio que equivale a violencia psíquica.

Uno de los elementos esenciales y, a su vez, diferenciador de la conducta punible es el concepto de habitualidad (art.173.3). Podemos distinguir dos corrientes interpretativas respecto a esta cuestión. Por un lado, el art.94 CP establece que el reo es habitual cuando produce la tercera acción violenta, sin embargo, el TS¹²⁹ se ha pronunciado acerca de dicho concepto afirmando que lo que determina la habitualidad no

¹²⁵ Número 2 del artículo 173 redactado por el número noventa y dos del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015.

¹²⁶ AAVV Villacampa Estiarte, C. (coord.): *Violencia de género y sistema de justicia penal*. Valencia, Tirant lo blanch, 2008, p. 175.

¹²⁷ FJ 1º STS 10/03/2016 [JUR\2016\76154].

¹²⁸ SSTS 14/04/2011 [RJ\2011\3590], 18/03/2011 [RJ\2011\2799] y 31/01/2011 [RJ\2011\1579]

¹²⁹ FJ2º SSTS 27/04/2016 [RJ\2016\1707] y 22/2/2006 [RJ\2006\1663]

es el número de actos violentos ni que estos excedan de un mínimo, sino la relación entre el autor y la víctima y la frecuencia con que ello ocurre, es decir, la creación de un estado permanente de violencia como consecuencia de una pluralidad de actos que, en ocasiones, se materializan en agresiones físicas y en otro tipo de agresiones o en la creación de un estado permanente de violencia que afecta a la estructura básica de la convivencia desde el respeto y la dignidad de la persona. La conducta típica quedaría integrada, por una forma de actuar y de comportarse de manera habitual en la que la violencia está constantemente presente, creando una situación permanente de dominación sobre las víctimas, que las atemoriza impidiéndoles el libre desarrollo de su vida¹³⁰.

Otra característica de la habitualidad es la irrelevancia de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores. En el caso de que no existan condenas anteriores, como podemos contemplar en el supuesto de hecho, la habitualidad puede acreditarse a través de la declaración de la víctima, por el contenido del parte pericial médico, o por cualquier otro medio probatorio¹³¹. De esta manera, los informes médicos derivados de las consultas realizadas por Leticia servirían de prueba para la aplicación del presente artículo.

Cabe mencionar que no se incurre en un bis in ídem, ya que se aprecia un concurso entre los delitos de lesiones concretos y el delito de violencia habitual. Esto es debido a que los actos violentos pueden haber sido ya juzgados, respondiendo su castigo a un fundamento determinado (como la lesión del bien en cada caso protegido); no obstante no será compartido por el delito de violencia habitual. En el segundo proceso, estos actos son recuperados para poder apreciar lo que constituye un presupuesto (la habitualidad) de un delito contra otro bien jurídico distinto (la integridad moral): las violencias puntuales primeramente castigadas, consideradas ahora de forma conjunta, permiten contemplar la situación de sumisión, angustia o degradación de la víctima, cuya integridad moral se ve gravemente lesionada¹³².

Respecto al concepto de habitualidad se ha pronunciado también la CFGE 6/2011, de 2 de noviembre sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer. Considerando que este delito se configura como un delito con substantividad propia, autónomo y distinto de lo que constituyen cada uno de los actos violentos y sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado aquellos actos de violencia física o psíquica, con independencia de que estos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

¹³⁰ CABALLERO GEA, J. A.: *Violencia de género y... op. cit...*p. 240.

¹³¹ CFGE 1/1998, de 24 de octubre, sobre la intervención del MF en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar; AAVV Villacampa Estiarte, C. (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*. Valencia, Tirant lo blanch, 2008, p. 191.

¹³² STS 14/02/2007 [RJ\2007\1606] “La jurisprudencia de esta Sala ha entendido que la conducta que se sanciona en el artículo 173.2 CP es distinta de las concretas agresiones cometidas contra esas personas, lo que se corresponde con el inciso final del precepto, que establece la pena para la violencia habitual sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. (...)”.

5. Art.147: Delito de lesiones

El art.147 del CP donde dispone que *“El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico”*. Además, es necesario para nuestro estudio tener en cuenta el art. 148 en su apartado cuarto, donde se especifica que las lesiones previstas en el artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado o riesgo producido cuando la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviera o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, situación que concurre en este caso.

Según CABALLERO GEA existen una serie de requisitos que deben cumplirse para que un delito sea el correspondiente al artículo 147.1 CP. El autor determina que será necesaria la existencia de una acción de causar a otra persona, por cualquier medio o procedimiento, tanto activo como omisivo; un resultado lesivo, consistente en un menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental de la víctima que precisa tratamiento médico o quirúrgico o que requiere para su sanidad más de una asistencia facultativa; un nexo de causalidad entre el comportamiento o movimiento corporal del agente y el resultado producido, de tal modo que sea el generante o determinante de éste, así como también la existencia de dolo genérico de lesionar o *“animus laedendi”*, tendente a menoscabar la integridad corporal o la salud física o mental del sujeto pasivo.

En este caso la acción existe mediante un comportamiento activo de Felipe hacia Leticia, que precisa de un tratamiento médico quirúrgico pues, la jurisprudencia ha considerado como tal la inmovilización de partes del cuerpo debido a traumatismos, como veremos a continuación.

Respecto al tratamiento médico quirúrgico y a su determinación o no como tal, TS ha afirmado que el concepto de tratamiento médico parte de la existencia de un menoscabo a la salud cuya curación o sanidad requiere la intervención médica con planificación de un esquema de recuperación para curar, reducir sus consecuencias o, incluso, una recuperación no dolorosa que sea objetivamente necesaria y que no suponga un mero seguimiento facultativo o simple vigilancia, incluyéndose, además, las pruebas necesarias para averiguar el contenido del menoscabo y tratar de ponerles remedio¹³³. Ha establecido que a efectos penales, por tratamiento médico configurador del tipo delictivo de lesiones ha de entenderse aquel sistema o método que se utiliza para curar enfermedades o traumatismo o para tratar de reducir sus consecuencias, si no fuera curable, quedando excluidas las medidas de cautela o prevención¹³⁴. Se trata de una intervención prolongada, de una actuación que tenga una proyección de futuro que vaya más allá del primer acto médico¹³⁵. La AP de las Palmas de Gran Canaria, determinó

¹³³ FJ2º STS 17/12/2008 [RJ\2009\793]

¹³⁴ FJ2º STS 6/2/1993 [RJ\1993\882]

¹³⁵ SAP Valencia 28/05/2008 [JUR\2008\274896]

como lesiones unos hechos en los que la víctima tardó en curarse 30 días¹³⁶. Así mismo, el TS ha declarado que el tratamiento ha de ser objetivamente necesario, y así, aunque éste no se aplique, podrá ser delito la causación de una lesión que necesite objetivamente de tratamiento, y no serlo una lesión a la que se aplicara tratamiento si éste no fuere objetivamente necesario en el caso, pues de otro modo quedaría a la discreción de la víctima la realización del tratamiento¹³⁷. También ha determinado en una tercera posición complementaria al respecto, que el tratamiento médico no depende del número de actos de intervención que haya tenido un médico, sino de la naturaleza de la intervención, que debe revelar una gravedad mínima de la lesión que permite aplicar la pena prevista para el delito, en consonancia con el principio de proporcionalidad¹³⁸; además ha considerado tratamiento médico quirúrgico la aplicación de puntos de sutura y la **inmovilización de partes del cuerpo debido a rupturas y traumatismos**¹³⁹, pudiendo considerar así como tratamiento médico la inmovilización del cuello de Leticia mediante la utilización de un collarín y el vendaje que se le realiza como motivo del esguince¹⁴⁰. Parte de la doctrina, en cambio, los incluyen en primera asistencia si se aplican en ese momento y posteriormente simplemente se retiran. Según lo establecido por SAP Barcelona¹⁴¹ es doctrina reiterada de la Sala Segunda que el uso de “**collarín cervical**” cuando no se prescribe como paliativo sino como medio esencial de curación por inmovilización de la lesión o esguince cervical, **constituye tratamiento médico**.

Es evidente el nexo de causalidad que se aprecia en el caso, ya que fueron los golpes de Felipe los que ocasionaron la caída y las consecuentes lesiones de Leticia, así como también es apreciable la existencia del dolo genérico. Por todo ello, podemos calificar como delito de lesiones los hechos acontecidos el 16 de junio de 2016 cuando Leticia es golpeada varias veces por su marido causándole un esguince en el pie derecho y unos fuertes dolores cervicales por los que debe utilizar collarín y tomar analgésicos.

6. Art. 171: Las amenazas

En la exposición de motivos de la LOMPIVG se indica que “*También se castigarán como delito las coacciones leves y las amenazas de cualquier clase cometidas contra las mujeres mencionadas con anterioridad (...)*.”¹⁴²

¹³⁶ SAP Palmas de Gran Canaria 31/05/2000 [ARP\2000\1898]

¹³⁷ La SSTS 1/07/1992 [RJ\1992\5863] y 3/11/ 1992 [RJ\1992\8875]: “*tanto si el tratamiento se ha prestado real y efectivamente, cuanto si ha debido serlo dentro de la causalidad eficaz para la sanidad del lesionado*”, “*lo que se precisa determinar a posteriori es si dicha actividad sanitaria si tal ulterior asistencia, añadida o diferenciada de la primera, era precisa en atención a las lesiones causadas y si debiera estimarse causalmente necesaria para obtener la sanidad aunque la curación se haya obtenido sin ella*”.

¹³⁸ SSTS 14/02/1994 [RJ 1994\729], 14/03/1994 [RJ 1994\2148]

¹³⁹ FJ3º STS 22/02/2012 [RJ\2012\2668]

¹⁴⁰ SAP Madrid 29/06/2007 [JUR\2007\319295]: Considera tratamiento médico la precisión de la colocación de un vendaje compresivo e ingesta de antiinflamatorios para la curación de una rodilla.

¹⁴¹ SAP Barcelona 13/11/2000 [JUR\2001\61570]

¹⁴² Ver Anexo 6: *Formulario de protección contra amenazas*

Se entiende por amenaza el anuncio de causar a otro o a su familia un mal en su persona, honor o propiedad. El mal deberá ser un mal futuro, concreto y con apariencia de seriedad y firmeza. El TS¹⁴³ sostiene que **el mal que se amenaza debe ser injusto, determinado, posible y dependiente en la realización efectiva de la voluntad del sujeto**. El bien jurídico que se protege es la libertad de formación de la voluntad y el sentimiento de tranquilidad del sujeto. La doctrina y la jurisprudencia dominantes afirman que las amenazas se consuman cuando llegan al conocimiento del amenazado. Podemos distinguir entre amenazas de un mal constitutivo de delito (art.169) subdivididas a su vez en condicionales e incondicionales; y las amenazas de un mal no constitutivo de delito (art.171.1, 2, 3).

En el apartado 4 del artículo 171 se contemplan las amenazas leves que podrían ser consideradas como delito al tratarse la víctima de la esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia. Se castigará con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días¹⁴⁴.

IX. CONCLUSIONES

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

Al querer inscribirse Felipe y Leticia en el Registro de Parejas de Hecho de Palma de Mallorca, el análisis de los requisitos que se debe realizar para conocer si fue válida o no la unión de hecho, se encuentran recogidos en la **ley balear 18/2001, del 19 de diciembre de parejas estables**. Primero, es destacable que el parentesco que los une supone un impedimento principal, ya que son parientes en tercer grado de consanguinidad en línea colateral; y su unión vulneraría dicha prohibición. Por otro lado, es requisito fundamental que uno de los dos tenga la vecindad civil. No obstante, independientemente de que Felipe hubiera obtenido previamente o no la vecindad civil, la constitución de la unión de hecho ya no sería válida por **estar incursos en uno de los impedimentos que todas ellas relacionan, no pudiéndose así inscribir como pareja de hecho**. Por ello, debería haber una resolución de la Consejería de Las Islas Baleares que denegara tal inscripción, pudiendo concluir así que **la pareja de hecho conformada en un principio entre Leticia y Felipe no fue válida**.

Por otra parte, el matrimonio celebrado entre Leticia y Felipe en un principio no sería válido debido al impedimento establecido entre colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado, suponiendo esto su nulidad; pues en el auto sobre el expediente matrimonial que deben realizar previamente Felipe y Leticia, debería constar el impedimento de parentesco, lo que supondría directamente la denegación de la celebración del matrimonio, salvo que se solicite la dispensa correspondiente al juez y se convalide. En el supuesto de no haberse solicitado dispensa de forma previa a la celebración, este podrá

¹⁴³ SSTS 2/07/1999[RJ\1999\5341] y 20/04/2007 [RJ\2007\3137]

¹⁴⁴ SAP Alicante 16/02/2016 [JUR 2016\146300] se condena al marido por un delito de amenazas con grado de intimidación tipificada en el art.171.4 y 5 CP por utilizar expresiones como "*te acordaras de mí*", "*lo que has abusado de mí pasará factura*" y "*cogelo habla será mejor*", en el escenario en que se profiere, ha de incardinarse en dicho tipo penal, que sanciona amenazas que no precisan de gravedad (...)"

ser convalidado aunque la dispensa se obtenga después de contraer matrimonio, siempre y cuando se consiga antes de que la nulidad haya sido instada judicialmente por alguno de los legitimados conforme al art. 74 CC. En consecuencia, y si así lo solicitaran, tanto la dispensa como la convalidación producirán efecto retroactivo en el matrimonio ocasionando finalmente la validez de la unión matrimonial. Finalmente, cabe destacar que el utimatum que le exige Leticia a Felipe sobre la prohibición de volver a ver a su hijo Antonio, crea en él un miedo que solo puede evitar mediante el consentimiento matrimonial, sin embargo no parece ser de tal entidad al no cumplir otros requisitos, que según Lacruz ¹⁴⁵ debería haber para determinar un vicio en el consentimiento.

2. La adopción de Antonio ¿fue válida?

En el supuesto de hecho se hace referencia al inicio de los trámites para llevar a cabo la adopción de Antonio por parte de Felipe en Octubre de 2014, que deberá realizarse tras el consentimiento expresado por Felipe y Antonio ante el Juez, al tener este más de doce años de edad y sin necesidad de previa propuesta por la Entidad Pública, ya que se trata del hijo de su consorte Leticia; abarcando dicho concepto tanto a las uniones extramatrimoniales como a las matrimoniales.

El menor Antonio cuenta con 13 años, mientras que el adoptante Felipe tiene 26 años de edad, lo que supone una diferencia de edad de trece años¹⁴⁶. Al haberse comenzado los trámites de adopción en el año 2014, será aplicable el art. 175.1 de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, donde se establece **como requisito ineludible para la adopción la diferencia de edad de catorce años entre adoptante y adoptado**, disponiéndose de forma inexcusable que no concurra tal requisito, al no admitir ningún tipo de excepción y comportar un presupuesto inapelable legalmente para todos y cada uno de los supuestos; a pesar de que Antonio tuviera más de 25 años y mantuviera junto a Leticia una relación de afectividad análoga a la conyugal. De tal forma, y teniendo en cuenta la ley citada anteriormente, **podemos determinar que la adopción de Antonio por parte de Felipe no fue válida.**

En el supuesto de haberse concluido la tramitación de la adopción, debería determinarse la acción de nulidad por inexistencia del requisito sustantivo y esencial.

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

El derecho a contraer matrimonio solo podrá limitarse excepcionalmente por la existencia de una certeza absoluta de algún obstáculo o impedimento, ya que esto supondría la nulidad del matrimonio. Por ello, Leticia podrá solicitar el divorcio siempre y cuando hubiera acreditado la existencia de la dispensa por la que se convalida el

¹⁴⁵ ESPINOSA INFANTE, J.M., *Derecho Civil. Derecho De Familia. Contestaciones al programa de Oposiciones a Notarías*. DYKINSON, 2006.

¹⁴⁶ SAP Salamanca 19/02/2000 , determina un supuesto similar y resuelve de la siguiente forma: queda por determinar la repercusión que puede tener el hecho de no tener éste, al menos, catorce años más que el adoptando, al haber nacido aquél el 7 de julio de 1973 y éste el 18 de diciembre de 1986, y por ende, existir solo una diferencia de edad de trece años y medio; pues bien, el tenor literal de citado artículo, en lo que a éste particular se refiere, es el de estarse en presencia de un requisito imperativo, y por tanto, condición *sine qua non*, para poder adoptar, dada la contundente expresión "en todo caso", que cierra la vía a la excepción, lo que hace que sea un requisito ineludible legalmente para todos los supuestos.

matrimonio que era nulo como consecuencia del impedimento de parentesco. De no existir dicha dispensa, y haber contraído matrimonio igualmente, Leticia deberá solicitar la nulidad del matrimonio, ya que si se produce la unión matrimonial a pesar de la existencia de tal impedimento, el matrimonio será nulo, lo que supone que no hay ningún tipo de vínculo, porque nunca ha existido. Sin embargo en el caso de que hubiera contraído matrimonio ignorando la presencia de tal obstáculo legal, por algún tipo de error en la resolución del Registro o cualquier otro motivo, podría solicitar el divorcio al entender que su matrimonio es válido y al no considerar la posibilidad de la nulidad. Si se lo concedieran y posteriormente conociera de la existencia de tal impedimento, podría solicitar también la nulidad del matrimonio, ya que este fue nulo desde un principio.

El fundamento **de la obligación de alimentos radica en la relación de filiación con independencia** de que la filiación sea matrimonial o extramatrimonial, **de que haya existido separación, nulidad o divorcio**, e incluso de que los padres ostenten o no la patria potestad. Por ello, la obligación de Felipe con respecto a Lucía es un **deber insoslayable inherente a la filiación** que perdura tras la acción de divorcio, correspondiéndole por lo tanto a Lucía, una pensión de alimentos en el supuesto de que no obtuviera la guarda y custodia. Sin embargo, en cuanto a Antonio, si partimos del estudio que hemos desarrollado precedentemente sobre la adopción, considerando esta como nula, no podría concedérsele la correspondiente pensión de alimentos ya que **la imposibilidad para ejercer la acción de adopción ha impedido la creación de un vínculo de filiación equiparado al biológico**, frustrando así que la filiación formada a través de la adopción, surta los mismos efectos que la filiación por naturaleza.

Si la adopción de Antonio hubiera sido válida, si sería exigible la obligación de la pensión alimenticia, como así lo dispone la AP de Ávila, que se fundamenta en lo dispuesto por el art. 108 párrafo último del C.C donde se establece que *“la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones del mismo Código”*. El art. 39. 2 y 3 de la CE, establece que los hijos son iguales ante la Ley con independencia de su filiación, debiendo los padres prestar asistencia de todo orden a los mismos durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda; de esta manera la AP de Ávila¹⁴⁷ ha determinado que no cabe dudar que **se debe atender a las necesidades de los hijos adoptados y biológicos, sin hacer discriminación alguna por razón de la filiación**.

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

A la hora de determinar la atribución de la vivienda situada en Lugo (donación por razón de matrimonio por parte de la abuela paterna de Lucía), y sin haber establecido un convenio Felipe y Leticia en relación a la guarda y custodia de Antonio y Lucía, el juez deberá atender a lo dispuesto en el art.96.1, **asignando así el domicilio familiar a la persona que obtenga la guarda y custodia de los hijos menores y al cónyuge más**

¹⁴⁷ FJ3º SAP Ávila 20/09/2001 [JUR\2001\327201]: En la presente sentencia se trata la separación matrimonial entre Dñ. Adriana C. Y D. Alfredo B, quien adoptó a los hijos mayores de edad de Adriana y tuvo una hija en común junto a ella. La recurrente solicita, entre otras peticiones, un incremento de la pensión alimenticia reconocida a favor de sus hijos, que no debían ser discriminados por ser dos de ellos adoptivos, determinándose así la **igualdad de los hijos con independencia de la filiación**. Se citan las SSTS de 5 de octubre de 1993, 28 de septiembre de 1989 y 14 de abril de 1962, que establecen el criterio de proporcionalidad a la hora de fijar la pensión de alimentos.

necesitado de protección. Por ello, son evidentes, las conexiones establecidas entre la vivienda familiar y las cuestiones relacionadas con la guarda y custodia de los hijos, suponiendo esto que primeramente se ha de otorgar la guarda y custodia de Antonio y Lucía, y tras ella irá aparejada la atribución de la vivienda situada en Lugo. El juez deberá tener en cuenta todas las circunstancias dadas, debiendo primar siempre el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, (art 2 LO 8/2015) cuya convivencia con el progenitor le permita un mejor desarrollo psico-afectivo y socio-escolar; atendiendo así a los elementos personales, familiares, sociales y culturales que concurren una familia determinada así como también un clima de equilibrio para su desarrollo¹⁴⁸. También deberá atender a este interés en los supuestos de custodia compartida, teniendo en cuenta que no será posible la guarda conjunta en aquellos casos en los que alguno de los progenitores el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de “indicios fundados de violencia doméstica”. De esta manera, a pesar de que Felipe no se ha visto incurso en ningún proceso penal, el juez deberá tener en cuenta este tipo de episodios si se pretendiera adjudicar la guardia y custodia compartida por ambos.

La SAP Córdoba¹⁴⁹ determina además que la corta edad de los hijos justificaría una guarda exclusiva en favor de la madre, sin embargo cita que no es suficiente, “per se”, pues siempre deben de valorarse otras circunstancias. Considerando todos los hechos y teniendo en cuenta que el juez contemplara la presencia de los indicios de violencia doméstica (exista o no orden de protección¹⁵⁰), así como también la ausencia de una vivienda propia, el poco tiempo que podría pasar Felipe con sus hijos por motivos laborales y el hecho de que lo más conveniente sería no separar a los hermanos, lo más adecuado sería otorgarle la guarda y custodia a la madre y en consecuencia, la atribución de la vivienda, lo que supondría que al no ser titular de la vivienda (por ser propietario Felipe), quedarían separadas la titularidad y la posesión, y ésta última le corresponderá por habersele atribuido su uso en la sentencia¹⁵¹.

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

En el supuesto de hecho se manifiesta desde un principio un carácter controlador por parte del marido de Leticia, además de un maltrato psicológico que se acentúa en las reuniones familiares donde se menosprecian las labores que realiza (comportamientos que son acompañados por una supuesta actitud de arrepentimiento por parte de Felipe cuando Leticia le recrimina lo sucedido), lo que pone de manifiesto que es víctima de un delito de violencia de género habitual tipificado en el art. 173.2 CP y castigado con la pena de prisión de 6 meses a 3 años y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 3 a 5 años. y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno

¹⁴⁸ FJ1º SAP Córdoba 26/06/2000 [AC\2000\1280]

¹⁴⁹ SAP Córdoba 16/5/2016 [JUR 2016\179080] y cita de la SAP Córdoba 28/04/2014

¹⁵⁰ Ver **Anexo 7. Modelo de solicitud de Orden de Protección.**

¹⁵¹ ESPINOSA INFANTE, J.M: *Derecho Civil. Derecho De Familia. Contestaciones al programa de Oposiciones a Notarías*. Dykinson, 2006, p.113.

a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Para poder afirmar que se trata de un delito de violencia de género habitual es necesario que concurren dos circunstancias. Por un lado, que la violencia se ejerza 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 aún sin convivencia (art. 173.2 CP), y por otro lado, que la violencia física o psíquica sea habitual, considerándose que existe habitualidad cuando, en atención a la relación entre al autor y la víctima y la frecuencia o repetición que supone la permanencia en el trato violento se crea un estado de agresión permanente que afecta a la estructura básica de la convivencia desde el respeto y la dignidad de la persona en la que existe una situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja¹⁵².

En el supuesto de hecho presente podemos comprobar como Leticia y Felipe están casados desde el 25 de Mayo de 2015. Y por otra parte, aunque solo se reflejan dos episodios de violencia física, el carácter controlador, las discusiones violentas y el maltrato psicológico que sufre Leticia son continuos.

La primera de las agresiones se produce en el mes de Marzo y durante la misma Felipe le propina un empujón a Leticia estando embarazada de Lucía, que provoca que se caiga por las escaleras. Como consecuencia de esta agresión, Leticia acude al médico, el cual, determina que no sufre lesión alguna, y le receta solo unos analgésicos, por lo que no necesita de otra asistencia facultativa y no se ha provocado ningún tipo de perjuicio para el embarazo de manera que el empujón es constitutivo de un **delito de maltrato de obra tipificado en el art. 153.1 CP**, por lo que será castigado con una pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. Además, **la pena se impondrá en su mitad superior al realizarse el delito en el domicilio común y también si se demostrase que se cometió en presencia de Antonio.**

Esta actitud se repite el 16 de Junio de 2016 en un segundo episodio violento que se intensifica con respecto al anterior, donde Felipe, bebido, le propina varios golpes y la arroja al suelo. El médico certifica que Leticia tiene un esguince en el pie derecho y le obliga a usar collarín además de tomar analgésicos debido a los fuertes dolores cervicales ocasionados por los golpes. Por lo tanto, Leticia recibe en esta ocasión una **primera asistencia facultativa que requiere de un seguimiento y tratamiento médico**, al considerar el TS como tal la inmovilización de partes del cuerpo. En el caso presente se utiliza el término de “obligación” respecto a la utilización del uso del collarín, pudiéndose apreciar así, que no posee un carácter meramente preventivo, con objeto de evitar que se pueden producir males mayores, sino que tiene una finalidad curativa¹⁵³. Por todo ello podemos hablar de un **delito de lesiones agravadas recogida en el art. 148.4. CP**

¹⁵² FJ2º STS 27/04/2016 [RJ\2016\1707] y STS 28/04/2010 [RJ\2010\6164]

¹⁵³ SAP Valencia 28/05/2008 [JUR 2008\274896] Doctrina establecida por SSTS 1089/99 de 2 de julio y 1469/04 de 15 de diciembre.

castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido.

Por último, al ser la víctima su esposa, se podría considerar como delito de amenazas leves recogido en el art.171.4 la expresión utilizada por Felipe en la que le advierte que es libre de marcharse, pero que si lo hace no volverá a ver a sus hijos. Será castigado con una pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

X. Bibliografía

ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil*, Tomo IV, Derecho de Familia, Ediosfer, 2013.

ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil*. Ediosfer, 2006.

ARTERO FELIPE, J.M., *El elemento volitivo en la adopción*. Acciones e investigaciones sociales, 2001.

BERCOVITZ, R., *Grandes Tratados Comentario al artículo 175 del Código Civil*. Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2009.

BERCOVITZ, R., *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*. BERCAL, S. A, 2013.

CABALLERO GEA, J. A., *Violencia de género y Juzgados de Violencia sobre la Mujer*, Penal y Civil, S.L. – Dykinson, Madrid, 2013.

CASTRO LUCINI, “*Notas sobre la nueva regulación legal de la adopción*”, Revista de Derecho Inmobiliario Tomo LXIV, 1988.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I., “*Atribución temporal del uso de la vivienda familiar*”, en Análisis crítico de jurisprudencia, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 728, noviembre-diciembre de 2011.

DE LA IGLESIA MONJE, M.I., “*Atribución judicial del derecho personal de uso de las segundas residencias o de viviendas distinta a la familiar tras la ruptura matrimonial*” Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, ISSN 0210-0444, Año nº 89, Nº 737, 2013, págs. 1880-1892.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.L. “*La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el derecho español: La superación del derecho positivo por la práctica jurisprudencial*” Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 9 – 43.

ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Promociones y Publicaciones Universitarias, S. A., Barcelona, 1992.

ESPINOSA INFANTE, J.M., *Derecho Civil. Derecho De Familia. Contestaciones al programa de Oposiciones a Notarías*. Dykinson, 2006.

GARCÍA- BERRIO HERNÁNDEZ, T., *Medidas de protección de la mujer ante la violencia de género*. Claves para la igualdad. Madrid, Grupo Fusión, 2008.

GARCÍA CANTERO, G., *El nuevo régimen de la adopción*. Anuario de Derecho Civil, 1971.

GARCÍA CANTERO, G., “Comentario al artículo 96”, en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, T. II (arts. 42-107 del CC), Editorial Edersa, Madrid, 1982.

AAVV. GUILARTE MARTÍN – CALERO C. (Coor). *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, 1º edición, abril 2009.

GARCÍA RUBIO, M. P., “Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica”. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, ISSN 1575-8427, Nº. 10, 2006 (Ejemplar dedicado a: Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad), p. 113-138.

GIL RUIZ, J.M., *Los diferentes rostros de la violencia de género*. Madrid, Dykinson, 2007.

HERRERO GARCÍA, M. J., “Comentario al artículo 1320 del Código Civil”, en Comentario del Código Civil, Tomo II, Ministerio de Justicia, 1991.

ILLÁN FERNÁNDEZ JM, *Los procedimientos de separación, divorcio y nulidad matrimonial en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 3º edición, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.

AAVV Jiménez Díaz, M.J. (coord.): *La ley integral: un estudio multidisciplinar*. Madrid, Dykinson, 2009.

LASARTE, C., *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*. Octava edición. Marcial Pons. Madrid. Barcelona. Buenos Aires. 2009.

LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., *Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia*, 4 edición, Colex, Madrid, 2001.

MAGALLÓN ELÓSEGUI, “Las leyes de parejas de hecho y sus distintos criterios de aplicación: un problema de derecho interregional” *Guía práctica sobre el régimen jurídico de las parejas de hecho*, Castillejo Manzanares (Dir.), Editorial Aranzadi, Navarra, 2012.

MARTÍNEZ GÓMEZ, M.I., “Las parejas de hecho”. *Saberes*, revista de estudios jurídicos, económicos y sociales, Volumen I- Año 2003.

MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales*: artículo 1357, párrafo 2, del Código Civil, Cuadernos Civitas, Madrid, 2004.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *La obligación legal de alimentos entre parientes*, La Ley, Madrid, 2002.

MOLINER NAVARRO, R., en “Adopción, familia y derecho”, *Rev. boliv. de Derecho*, nº 14, julio 2012, ISSN: 2070-8157.

PÉREZ-SALAZAR RESANO, M: “La pensión de alimentos en los supuestos de custodia compartida” (*Abogados de Familia*, año XVII, nº 64, 19.4.2012).

RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F.: “Fundamento de la no discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales en la recepción de la pensión alimenticia” (AC 1ª quincena septiembre).

RAMÓN RIBAS *et alii*. *La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal*. Madrid, Dykinson, 2009.

RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, 1991.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 no 2. Universidad de Barcelona, 2012.

SALAZAR BORT, S., *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, Tirant lo Blanch, 1ª edición, 2000.

AAVV Villacampa Estiarte, C. (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

XI. Legislación

Leyes

- Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882.
- 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 21/1987 de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción
- LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor
- Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000.
- Ley balear 18/2001, del 19 de diciembre de parejas estables
- Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros
- Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género.
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y a la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.
- Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.
- 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.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

RDGRN 18.10.95 [RJA 1995\9565]

RDGRN 6/11/2000, 2/10/2004

RDGRN 7/04/2006

Circulares

- CFGE 6/2011, de 2 de noviembre

- CFGE 1/1998, de 24 de octubre

Acuerdos

- Acuerdo adoptado en Sala General del Tribunal Supremo, por el Pleno de la Sala Segunda, en su reunión del 21 de Julio de 2009

XII. Jurisprudencia.

- Sentencias Tribunal Supremo

STS 20/04/1987 [RJ \1987\2717]

STS 1/07/1992 [RJ\1992\5863]

STS 21/10/1992 [RJ\1992\8589]

STS 3/11/ 1992 [RJ\1992\8875]

STS 06/02/1993 [RJ\1993\882]

STS 05/10/1993 [RJ\1993\7464]

STS 14/02/1994 [RJ\1994\729]

STS 14/03/1994 [RJ\1994\2148]

STS 31/12/1994 [RJ\1999\1994]

STS 29/10/1997 [RJ\1997\7341]

STS 23/07/1998 [RJ\1998\6131]

STS 2/07/1999[RJ\1999\5341]

STS 16/07/2002 [RJ\2002\6246]

STS 22/02/2006 [RJ\2006\1663]

STS 20/04/2007 [RJ\2007\3137]

STS 14/02/2007 [RJ\2007\1606]

STS 17/12/2008 [RJ\2009\793]

STS 11/03/2010 [RJ 2010\2340]

STS 17/03/2010 [RJ\2010\2403]

STS 28/04/2010 [RJ\2010\6164]

STS 31/01/2011 [RJ\2011\1579]

STS 18/03/2011[RJ\2011\2799]

STS 01/04/2011 [RJ\2011\3139]

STS 07/04/2011 [RJ\2011\3152]

STS 14/04/2011[RJ\2011\3590]

STS 14/06/2011 [RJ\2011\4527]

STS 21/06/2011 [RJ\2011\7325]

STS 19/07/2011 [RJ\2011\10304]

STS 23/11/2011 [RJ\2012\566]

STS 22/02/2012 [RJ\2012\2668]

STS 19/04/2012 [RJ\2012\5090]

STS 21/5/2012 [RJ\2012\6532].

STS 26/04/2012 [RJ\2012\6102]

STS 09/05/2012 [RJ\2012\5137]

STS 30/05/2012 [RJ\2012\6547]

STS 13/07/2012 [RJ 2012\8358]

STS 29/04/2013 [RJ\2013\3269]

STS 18/03/2014 [RJ\2014\2122]

STS 2/07/2014 [RJ 2014\4250]

STS 15/10/2014 [RJ\3900\2014]

STS 16/02/2015 [RJ\2015\553]

STS 02/03/2015 [RJ\2015\601]

STS 10/07/2015 [RJ\2015\2563]

STS 21/10/2015 [RJ\2015\4784]

STS 04/02/2016 [RJ\2016\260]

STS 10/03/2016 [JUR\2016\76154]

STS 27/04/2016 [RJ\2016\1707]

STS 30/09/2016 [RJ\2016\4844]

- Sentencias del Tribunal Constitucional

STC 14/03/2005 [RTC 2005\57]

STC 13/02/2006 [RTC 2006\33]

STC 13/6/2012 [RJA 2012\8358]

STC 17/05/2008 [ECLI: ES: TC:2008:59]

- Sentencias del Tribunal Superior de Justicia

STSJ Cataluña, 1/12/2014 (Secc. 1ª) [RJ\2014\6740]

STSJ Cataluña 12/01/2015 (Secc.1ª) [JUR\2015\72864]

- Sentencias de las Audiencias Provinciales

SAP Madrid, 08/04/1997 [AC\1997\688]

SAP Zamora 28/05/1999 [AC\1999\5570]

SAP Palmas de Gran Canaria 31/05/2000

[ARP\2000\1898]

AAP Valladolid [AC\2000\1625]

SAP CÓRDOBA 26/06/2000[AC\2000\1280]

SAP Barcelona 13/11/2000 [JUR\2001\61570]

SAP Jaén 16/05/2001 [JUR\2001\213655]

SAP Ávila 20/09/2001 [JUR\2001\327201]

SAP Barcelona 14/02/2001 [AC\2002\405]

AAP Barcelona 11/01/2002 [JUR 2002\86259]

SAP Huelva 4/04/2002 [ARP\2002\434]

SAP Cádiz 27/12/2002 [ARP\2003\388]

AAP Barcelona 31/10/2003 [JUR\2004\4274]

SAP Murcia 11/07/2006 [JUR\2006\252851]

SAP de Valladolid 17/01/2007
[JUR\2007\74235]

SAP Barcelona 20/02/2007 [JUR\2007\101427]

SAP Madrid 29/06/2007 [JUR\2007\319295]

SAP Las Palmas, 15/10/2007 [JUR\2008\47789]

SAP Valencia 28/05/2008 [JUR\2008\274896]

SAP Sevilla 11/12/2008 [ARP\2009\531]

SAP, Barcelona 27/05/2011 [JUR 2011\257446]

SAP Madrid 06/03/2013 [JUR\2013\174104]

SAP Madrid 07/10/2014 [JUR\2014\289790]

SAP Zamora 14/10/2014 [JUR\2015\7621]

SAP Barcelona 18/12/2014 [JUR\2015\58987]

SAP Madrid 22/12/2014 [JUR\2015\61103]

SAP Madrid 20/03//2015, [JUR\2015\108490]

SAP Teruel 24/03/2015 [JUR\2015, 123212]

SAP Baleares 05/05/2015 [JUR\2015\139255]

SAP Alicante 16/02/2016 [JUR\2016\146300]

SAP Cantabria 09/03/2016 [JUR\2016\162098]

SAP Córdoba 16/04/2016 [JUR\2016\179080]

ANEXOS

1. Documentación necesaria para la inscripción en el Registro de Parejas Estables de Islas Baleares.

DOCUMENTACIÓN NECESARIA PARA INSCRIBIRSE EN EL REGISTRO DE PAREJAS ESTABLES

1. Solicitud de inscripción.
2. Copia de los documentos identificativos de las personas solicitantes.
3. Certificado de vida y estado de ambos miembros de la pareja.
4. Acreditación de la vecindad civil balear.

1. Solicitud de inscripción

Se puede descargar de nuestra página web desde el siguiente enlace: http://www.caib.es/govern/sac/visor_proc.do?codi=6958&lang=ca&coduo=196

y comprende dos documentos:

- o Impreso donde se plasman los datos personales de ambos miembros de la pareja.
- o Declaración de estado civil (de ambos miembros).

2. Copia de los documentos identificativos de las personas solicitantes

Puede aportarse copia del DNI, tarjeta de residencia o Pasaporte el sello de entrada en el país, siempre **en vigor**.

3. Acreditación de la vecindad civil balear

3.1. Para nacidos en territorio español:

- o Certificado de empadronamiento acreditativo de la residencia continuada en las Illes Balears durante los 10 últimos años.
- o Adquisición voluntaria de la vecindad civil balear ante el encargado del Registro Civil por residencia continuada de más de 2 años en las Illes Balears e inscripción en el Registro Civil.

3.2 Para extranjeros con nacionalidad española:

- o Mediante una acreditación de la adquisición de la vecindad civil balear en su expediente de nacionalización.
- o Mediante cualquiera de las formas indicadas para los nacidos en territorio español si en el momento de obtener la nacionalidad española, han adquirido otra vecindad civil.

4. Certificado de fe de vida y estado civil de ambos miembros de la pareja

Solo podrán constituirse en pareja estable las personas cuyo estado civil sea solteras, viudas o divorciadas.

Para acreditar el estado civil, se distinguen dos situaciones:

A. Nacidos en el territorio español

Deberán presentar un certificado expedido por el Registro Civil de la localidad o municipio de residencia.

B. Nacidos en el extranjero

Deberán presentar dos tipos de documentos:

1. Un certificado de fe de vida y estado civil expedido por el Registro Civil de la localidad de las Illes Balears donde residen.
2. Un certificado que acredite el estado civil del solicitante en su país de origen expedido por el Registro Civil de su localidad de nacimiento.

ASPECTOS COMUNES A ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS

En el caso de personas viudas deberán adjuntar estos dos documentos:

- o Certificado de defunción de la anterior pareja o inscripción de su defunción en el Registro Civil.
- o Libro de familia.

Las personas divorciadas han de presentar:

- o Inscripción del divorcio en el Registro Civil.

En el caso de personas extranjeras, en ambos casos, deberán aportar esta documentación debidamente legalizada y traducida por traductor jurado.

VALIDEZ EN ESPAÑA DE LOS DOCUMENTOS EMITIDOS EN EL EXTRANJERO

1. Cualquier certificado emitido en una lengua diferente al catalán o castellano se deberá presentar traducido por un traductor jurado.
2. La validez será de 3 meses desde la emisión del documento.
3. El documento debe estar debidamente legalizado por una de las vías siguientes:
 - a. Regla general: el documento adquirirá validez después de ser visado por el ministerio de asuntos exteriores del país emisor, supervisado por la oficina consular española en aquel país y finalmente autenticado por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación de España.
 - b. Excepciones:
 - i. Apostillado (con la apostilla de la Haya, para países firmantes del mencionado convenio).
 - ii. Convenios que eximen de legalizar documentos.

Se puede consultar la lista de países firmantes en el siguiente enlace: <http://www.maec.es/es/menuppal/consulares/serviciosconsulares/espanolesenextranjero/notarialesylegalizaciones/Paginas/Notarialesylegalizaciones.aspx>

Se puede consultar el documento con los convenios en el siguiente enlace: http://citaprevia.maec.es/citaprevia/resources/Convenios_eximentes.pdf

2. Tablas de pensiones de alimentos en los procesos matrimoniales

Tablas de pensiones de alimentos en los procesos matrimoniales

I. TABLA 1: TABLA DE PENSIONES

Según la fórmula californiana adaptada a España y expresada en Euros

INCREMENTOS	1 HIJO	2 HIJOS	3 HIJOS	4 HIJOS
721,21	165,28	214,86	247,92	264,45
781,32	179,05	232,77	268,58	286,48
841,42	192,82	250,67	289,24	308,52
901,52	206,60	268,58	309,90	330,56
961,62	220,37	286,48	330,56	352,60
1.021,72	234,14	304,39	351,22	374,63
1.081,82	247,92	322,29	371,88	396,67
1.141,92	261,69	340,20	392,54	418,71
1.202,02	275,46	358,10	413,20	440,74
1.262,13	289,24	376,01	433,86	462,78
1.322,23	303,01	393,92	454,52	484,82
1.382,33	316,78	411,82	475,18	506,85
1.442,43	330,56	429,72	495,83	528,89
1.502,53	344,33	447,63	516,50	550,93
1.562,63	358,10	465,53	537,15	572,96
1.622,73	371,88	483,44	557,82	595
1.682,83	385,65	501,35	578,47	617,04
1.742,94	399,42	519,25	599,14	639,07
1.803,04	413,20	537,15	619,79	661,11
1.863,14	426,97	555,06	640,46	683,15
1.923,24	440,74	572,96	661,11	705,19
1.983,34	454,52	590,87	681,78	727,22
2.043,44	468,29	608,78	702,43	749,26
2.103,54	482,06	626,68	723,10	771,30
2.163,64	495,83	644,59	743,75	793,34
2.223,74	509,61	662,49	764,42	815,38
2.283,85	523,38	680,39	785,07	837,41

INGRESOS	1 HIJO	2 HIJOS	3 HIJOS	4 HIJOS
2.343,95	537,15	698,30	805,73	859,45
2.404,05	550,93	716,21	826,39	881,49
2.464,15	564,70	734,11	847,05	901,52
2.524,25	578,47	752,02	867,71	925,56
2.584,35	592,21	769,92	888,37	947,60
2.644,45	606,02	787,82	909,03	969,63
2.704,55	619,79	805,73	929,69	991,67
2.764,66	633,57	823,64	950,35	1.013,71
2.824,76	647,34	841,54	971,01	1.035,74
2.884,86	661,11	859,45	991,67	1.057,78
2.944,96	674,89	877,35	1.012,33	1.079,82
3.005,06	688,66	895,26	1.033	1.101,85

II. TABLA 2: TABLA DE PENSIONES

Según estadística de las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid en Euros

INGRESOS	1 HIJO	2 HIJOS	3 HIJOS	4 HIJOS
721,21	167,07	217,19	250,60	267,31
781,32	181,01	235,31	271,52	289,62
841,42	194,96	253,44	292,43	311,93
901,52	208,90	271,57	313,35	334,24
961,62	222,84	289,69	334,26	356,55
1.021,72	236,79	307,82	355,18	378,86
1.081,82	250,73	325,95	376,10	401,17
1.141,92	264,67	344,07	397,01	423,48
1.202,02	278,62	362,20	417,93	445,79
1.262,13	292,56	380,33	438,84	468,10
1.322,23	306,50	398,45	459,76	490,41
1.382,33	320,45	416,58	480,67	512,72
1.442,43	334,39	434,71	501,59	535,03
1.502,53	348,33	452,83	522,50	557,34
1.562,63	362,28	470,96	543,42	579,65
1.622,73	376,22	489,09	564,33	601,96
1.682,83	390,17	507,21	585,25	624,27
1.742,94	404,11	525,34	606,16	646,57
1.803,04	418,05	543,47	627,08	668,88
1.863,14	432	561,59	648	691,19
1.923,24	445,94	579,72	668,91	713,50
1.983,34	459,88	597,84	689,82	735,81
2.043,44	473,83	615,97	710,74	758,12
2.103,54	487,77	634,10	731,65	780,43

INGRESOS	1 HIJO	2 HIJOS	3 HIJOS	4 HIJOS
2.163,64	501,71	652,22	752,57	802,74
2.223,74	515,66	670,35	773,48	825,05
2.283,85	529,60	688,48	794,40	847,36
2.343,95	543,54	706,60	815,31	869,67
2.404,05	557,49	724,73	836,23	891,98
2.464,15	571,43	742,86	857,15	914,29
2.524,25	585,37	760,98	878,06	936,60
2.584,35	599,32	779,11	898,98	958,91
2.644,45	613,26	797,24	919,89	981,22
2.704,55	627,20	815,36	940,81	1.003,53
2.764,66	641,15	833,49	961,72	1.025,84
2.824,76	655,09	851,62	982,64	1.048,15
2.884,86	669,03	869,74	1.003,55	1.070,46
2.944,96	682,98	887,87	1.024,47	1.092,77
3.005,06	696,92	906	1.045,38	1.115,08

Estos ingresos se calculan dividiendo entre doce meses del año los ingresos anuales brutos deduciéndoles los impuestos y la seguridad social.

Por debajo de estas cantidades la mayor parte de los Juzgados establecen un mínimo entre 120 euros a 150 euros.

Estas tablas, sirven de orientación –en ausencia de un criterio unánime jurisprudencial o legal–, a los profesionales del Derecho. Se han elaborado teniendo en cuenta los ingresos de los progenitores y el número y situación de los hijos beneficiarios de la pensión. Por tanto, las pensiones quedan a resultas de las que a su libre arbitrio establezca el Juzgador, por lo que sólo deben ser tomadas con carácter orientativo¹.

Existe un Juzgado en España –obviamente no se cita–, que con carácter fijo tiene establecido unas tablas, según el Secretario Judicial ello ayuda a que los cónyuges establezcan de mutuo acuerdo las pensiones, ya que, en la mayor parte de las veces es en lo único que no se ponen de acuerdo, a pesar, de que lo estén en la acción principal de separación o divorcio, con estas tablas predeterminadas los abogados orientan a sus clientes, este autor sólo conoce la existencia de las mismas en dicho Juzgado.

Según el titular de un Juzgado de Murcia, ni la Audiencia Provincial ni él, son partidarios de que existan unas tablas, debido a las múltiples variantes con que se pueden encontrar, no siendo suficiente el número de hijos y los ingresos de los cónyuges.

(Fuente: ILLÁN FERNÁNDEZ JM, *Los procedimientos de separación, divorcio y nulidad matrimonial en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 3ª edición, Thomson - Aranzadi, Navarra, 2005, p.605-607)

3. Medidas Cautelares Penales y la Orden de Protección

MEDIDAS CAUTELARES PENALES

Medidas que protegen a la víctima de violencia de género		
MEDIDAS CAUTELARES	PENALES	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Orden de protección ➤ Orden de alejamiento ➤ Suspensión de las comunicaciones, ➤ Salida del domicilio ➤ Prohibición de volver al lugar del delito ➤ Detención ➤ Prisión provisional ➤ Suspensión del derecho al porte, tenencia y uso de armas
	CIVILES	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Suspensión cautelar de la patria potestad o custodia de menores ➤ Suspensión del régimen de visitas ➤ Atribución de la vivienda ➤ Prestación de alimentos ➤ Protección del menor para evitar un peligro.

LA ORDEN DE PROTECCIÓN

LA ORDEN DE PROTECCIÓN	BASE NORMATIVA		<ul style="list-style-type: none"> - Art. 544 ter LECRIM - Art. 62 LVG - Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica. - Protocolo de implantación de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica (Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica). 	
	CONCEPTO		Resolución judicial que, en los casos que existe incoado un proceso penal por comisión de delitos o faltas de violencia doméstica y de género, dándose una situación objetiva de riesgo para la víctima, permite al juez ordenar su protección mediante la adopción de medidas cautelares civiles, penales y/o de carácter social.	
	PRESUPUESTOS		A) Existencia de indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2 CP, (<i>Fumus boni iuri</i>).	
			B) Situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de medidas de protección, (<i>periculum in mora</i>).	
	DURACION		<ul style="list-style-type: none"> ➢ No puede nacer con vocación de permanencia indefinida o indeterminada. ➢ Tiene carácter temporal ➢ El juez debe alzarla cuando se modifiquen las circunstancias que dieron lugar a su adopción*. ➢ Las medidas civiles tendrán una vigencia de 30 días (art. 544ter. 7 LÉcrim). 	
	ÁMBITO		OBJETIVO	Delitos y faltas
			SUBJETIVO	Las víctimas que pueden solicitar la orden de protección son las mencionadas en el art. 173.2 CP.
PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA VÍCTIMA		Se confiere a a la víctima "un estatuto integral de protección de la víctima".		
PLURALIDAD DE MEDIDAS CAUTELARES		<ul style="list-style-type: none"> - De orden penal: cualquiera de las previstas en la LECRIM, siendo sus requisitos, contenido y vigencia los establecidos con carácter general en la misma. - De naturaleza civil: deben solicitarse por la víctima o su representante legal, o bien por el MF, cuando existan hijos menores o incapaces, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil. - Medidas de asistencia y protección social. 		

LA ORDEN DE PROTECCIÓN	SUJETOS	LEGITIMACIÓN	<p>BASE NORMATIVA</p> <ul style="list-style-type: none"> - Art. 61.2 LVG - Art. 544ter.2 LECrim <ul style="list-style-type: none"> ✓ La víctima ✓ Persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en el art. 173.2 CP (entorno familiar más inmediato) ✓ El Ministerio Fiscal (Fiscalía especializada) ✓ De oficio por el juez ✓ Los servicios sociales
		COMPETENCIA PARA SU ADOPCIÓN	<p>BASE NORMATIVA</p> <p>Art. 544ter LECrim</p>
			<ul style="list-style-type: none"> ✓ Juez de Instrucción (de guardia), ✓ Juez de Violencia sobre la Mujer, ✓ Y en su caso, juez o tribunal que esté conociendo de la instancia en que surja la necesidad de proteger a la víctima.
	PROCEDIMIENTO	FASE INICIAL: SOLICITUD DE LA ORDEN	<ul style="list-style-type: none"> - Existe un formulario creado por la Comisión de Seguimiento existente en la materia. - Papel importante de las oficinas e instituciones de asistencia a las víctimas
		FASE DE ADOPCIÓN DE LA ORDEN	<ul style="list-style-type: none"> - Recibida la solicitud, el juez convocará a la víctima, al solicitante, al supuesto agresor y al MF a una audiencia calificada de urgente (plazo máximo de 72 horas desde la presentación de la solicitud). - Celebrada la audiencia, el juez resolverá mediante auto lo que proceda sobre la solicitud de la orden, así como sobre el contenido y vigencia de las medidas que comporte*.
		NOTIFICACIÓN Y EJECUCIÓN DE LA ORDEN	<ul style="list-style-type: none"> - La orden debe notificarse inmediatamente a las partes, a la víctima y a las Administraciones públicas competentes para la adopción de las medidas de protección acordadas, para lo cual es necesario establecer un sistema de coordinación administrativa. - Debe informarse permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado, el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas así como, sobre la situación penitenciaria del agresor. - La orden de protección se inscribirá en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica.

4. Solicitud de adopción de medidas sobre los hijos menores ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

**Solicitud de adopción de medidas sobre los hijos menores ante el Juzgado de
Violencia sobre la Mujer . FOR\2012\2009**

AL JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

D./DÑA., Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de Dña., mayor de edad, con domicilio en núm. según acredito mediante copia de poder que me deberá ser devuelta, una vez testimoniada en autos, por precisarla para otros usos, comparezco ante el Juzgado y como mejor proceda en Derecho, bajo la dirección técnica del Letrado D./Dña. con número de colegiado del Ilustre Colegio de Abogados de DIGO:

Que por el presente, y siguiendo las expresas instrucciones de mi representado/a formulo demanda sobre guarda y custodia de hijos menores contra D., con domicilio en en la calle, número, en solicitud de la adopción de las siguientes medidas y ello en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO -Que ha mantenido una relación sentimental con el demandado que duró años, fruto de la cual nacieron los hijos:

1º de años de edad

2º de años de edad

SEGUNDO -Que a la fecha de hoy no ha pasado contribución alguna para el levantamiento de las cargas familiares.

TERCERO -Que actualmente la demandada se encuentra en situación de paro laboral, por lo que está pasando dificultades económicas al sustento de los hijos, recibiendo ayuda de sus padres.

CUARTO -Que actualmente, tiene orden de protección dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de en fecha

Acompañamos en prueba de ello los siguientes documentos a

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO -

Las partes están capacitadas activa y pasivamente para entablar la presente relación jurídico-procesal, según lo previsto en los artículos 6 y siguientes de la LECiv.

SEGUNDO -

En cuanto a la postulación es de aplicación el artículo 23 y siguientes de la LECiv.

TERCERO -

Respecto al procedimiento a seguir corresponde al previsto en el artículo 769,3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que establece:

«En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores. En el caso de residir los progenitores en distintos partidos judiciales, será Tribunal competente, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de residencia del menor».

CUARTO -

El artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre costas que deberán ser impuestas a la parte demandada.

Por todo lo cual,

SUPLICO AL JUZGADO : Que teniendo por presentada esta demanda junto con sus documentos y copias de todo ello, se sirva admitirla y tenerme por personado y parte en la representación que ostento y por formulada demanda sobre custodia y guarda de hijos menores contra D. y previos los trámites legales se dicte resolución por la que:

a) Que los hijos y han de quedar bajo la guarda y custodia de Dña. sin perjuicio de la patria potestad compartida, y fijar un régimen de visitas que el Juzgador estime más adecuado para el cónyuge no custodio.

b) Fijar como cantidad en concepto de alimentos la de euros en 12 mensualidades, la cual se deberá incrementar anualmente con arreglo al IPC, que deberá ser ingresado cada mes antes del día cinco en la cuenta bancaria número de cuenta.

Es de justicia que pido en a de de

Firma de Letrado
Col. núm.

Firma de Procurador
Col. núm.

5. Direcciones de interés en materia de ayuda a la mujer

Direcciones de interés en materia de familia y ayuda a la mujer

A. MALTRATO A LA MUJER

DIRECCIÓN GENERAL

Instituto de la mujer

c/ Condesa de Venadito, 34 28027 Madrid

Tel.: 900 19 10 10 / 91 347 80 00

DIRECCIONES ESPECÍFICAS POR COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Andalucía

Avda. del General Sanjurjo, 1, escalera 1, 4.A 41001 Sevilla

Tel.: 95 422 56 20 / 22 37 19

Asociación de Asistencia a Mujeres Violadas

c/ Alemanes, 9

41009 Sevilla

Tel.: 95 466 20 31

Aragón

c/ Don Juan de Aragón, 2 50001 Zaragoza

Tel.: 976 39 12 05

Asturias

Avda. de Rufo Renduefla, 17-19

33203 Gijón

Tel.: 98 313 34 07 / 313 34 08

Asociación de Asistencia a Mujeres Violadas

c/ Lastre, 6-entlo. B

33207 Gijón

Tel.: 98 535 52 44

Baleares

c/ Portela, 11-1.
07001 Palma de Mallorca
Tel.: 971 72 25 51 / 72 57 41

Canarias

Avda. del 1º de Mayo, 66-3º
35002 Las Palmas de Gran Canaria
Tel.: 928 38 00 64 / 38 16 84

Cantabria

Pasaje Puntida, 1-1º
39001 Santander
Tel.: 942 31 36 12 / 31 36 60
Asociación de Asistencia a Mujeres Violadas
Avda. de la Reina Victoria, 33-E
39005 Santander
Tel: 942 21 95 00

Castilla-La Mancha

Asociación de Asistencia a Mujeres Violadas
c/ Muelle, 7-entlo.
02001 Albacete
Tel.: 967 52 24 52

Castilla y León

c/ Portugal, 83
37005 Salamanca
Tel.: 923 29 60 22
Avda. de Simón Nieto, 10
34005 Palencia
Tel.: 979 70 14 40
Asociación de Asistencia a Mujeres Violadas
c/ Julio del Campo, 5-3º centro
24002 León
Tel.: 987 23 00 62

Cataluña

Avda. de Francese Cambó, 12 08003

Barcelona

Tel.: 93 319 17 00

Asociación de Asistencia a Mujeres Violadas

c/ Aragón, 410-entlo.

08013 Barcelona

Tel.: 93 231 95 93

Comunidad Valenciana

Área Territorial de Servicios Sociales

c/ El Barón de Carcer, 36

46001 Valencia

Tel.: 900 100 033 / 96 386 67 50

Dirección General de Servicios Sociales Programa de Familia, Infancia y Juventud

c/ Colón, 80

46003 Valencia

Tel.: 96 386 24 00

Extremadura

c/ Sta. Joaquina Vedruna, 17-entlo.

10001 Cáceres

Tel.: 927 22 54 04 / 22 54 11

Galicia

Polígono de Elviña

Zona Birloque, s/n

15008 La Coruña

Tel.: 981 28 20 44 / 28 20 24 / 28 20 27

Dirección Xeral da Familia

Edificio Administrativo de San Caetano, s/n

15771 Santiago de Compostela

Tel.: 981 54 46 22

La Rioja

Dirección General de Bienestar Social

C/ Villamediana, 17

26071 Logroño

Tel.: 941 29 13 18 / 29 11 00

Madrid

c/ Génova, 11-1º dcha.

28004 Madrid

Tel.: 91 391 58 80

Asociación de Asistencia a Mujeres Violadas

c/ O'Donnell, 42-bajo

28009 Madrid

Tel.: 91 574 01 10

Murcia

Dirección General de la Mujer

c/ Manresa

Tel.: 968 36 66 36

ISSORM (Instituto de Servicios Sociales de la Región de Murcia)

Crta. de Pueblo Nuevo, s/n

30071 Murcia

Tel.: 968 36 20 91

Centros Privados:

Centro de Orientación y Mediación Familiar de la Región de Murcia

Abogados, Psicólogos, Orientadores Familiares

c/ Azarbe del Papel, 4 Oficina 17

30007 Murcia

Tel.: 968 24 96 07

Navarra

Instituto Navarro de Bienestar Social

c/ González Tablas, s/n

31002 Pamplona

Tel.: 948 10 69 50

País Vasco

Dirección General de Bienestar Social

c/ Duque de Wellington, s/n

01071 Vitoria

Tel.: 945 18 93 93

Instituto Vasco de la Mujer (Emakunde)

c/ Manuel Iradier, 36

01005 Vitoria

Tel.: 945 13 26 13

Ayuntamiento de Vitoria
Servicio Municipal de la Mujer
Edificio del Ayuntamiento
Plaza de España, bajos
01001 Vitoria
Tel.: 945 16 13 45
Diputación de Vizcaya
Departamento de Acción Social
c/ Henao, 5-3º
48009 Bilbao
Tel.: 944 24 44 15

Zutitu
Servicio de Atención Psicológica a Víctimas de Maltrato y de Agresiones Sexuales
Servicio de Atención Psicológica a Maltratadores Domésticos
c/ Juan de Ajuriaguerra, 9-4º centro
48009 Bilbao
Tel.: 944 24 13 98

Diputación de Guipúzcoa
Departamento de Bienestar Social
Servicio de la Mujer
Avda. de la Libertad, 17-4º
20004 San Sebastián
Tel.: 943 48 25 76

Ayuntamiento de San Sebastián
Servicio Municipal de Atención a la Mujer
c/ Urdaneta, 13-3º
20006 San Sebastián
Tel.: 943 48 14 13

(Fuente: ILLÁN FERNÁNDEZ JM, *Los procedimientos de separación, divorcio y nulidad matrimonial en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 3º edición*, Thomson - Aranzadi, Navarra, 2005, p.595-599)

6. Formulario de protección contra amenazas

Form. 72. Protección contra amenazas³⁷

AL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN

Dña mayor de edad, con domicilio en y provista de D.N.I. nº ante el Juzgado comparezco y como mejor en Derecho proceda DIGO:

Que, mediante el presente escrito formulo DENUNCIA contra D. en base a los siguientes:

HECHOS

PRIMERO.—La denunciante se encuentra en trámites de (separación/divorcio) que se sigue ante el Juzgado de Primera instancia núm. de los de en autos....., contra D., mayor de edad, vecino de, con domicilio en la C/

Acompaño de Documento nº uno testimonio del Auto de admisión de la demanda

SEGUNDO.—Como es de ver en las medidas provisionales se fija a cargo de D..... la obligación de entregar una pensión alimenticia para el hijo común de euros mensuales revisables cada primero de enero, según I.P.C.

D. ha dejado de abonar la referida pensión durante los meses de del año como durante los meses de de ...

TERCERO.—Hay que destacar además que durante el pleito han sido innumerables los problemas que ha tenido que afrontar la denunciante por las amenazas sufridas por parte de su esposo.

CUARTO.—Durante el procedimiento judicial ha quedado palmariamente acreditada la notoria solvencia del denunciado, que no sólo cuenta con ingresos bastantes para hacer frente a sus obligaciones familiares y ahora legales, sino que asimismo, posee un patrimonio inmobiliario con el que sufragar, de carecer de medios, los gastos de manutención señalados por sentencia.

QUINTO.—Como hecho significativo destacaremos que, con tal de no pagar, el Sr. se limitaba a decir que como le reclamase las cantidades adeudadas la mataría y se llevaría los niños y nos los devolvería porque se irían al extranjero.

Con todo ello, se quiere dejar constancia en la presente denuncia de la actitud maliciosa del Sr..... que desde que se incoó el procedimiento de ... (separación/divorcio) ha venido incumpliendo sistemáticamente, con razonamientos absurdos por su parte, los reiterados mandatos judiciales así como amenazándola..

Consecuentemente los hechos relatados constituyen un delito de impago de pensiones previsto y penado en el art. 227 del CP, y de amenazas del artículo 171.4 del Código Penal en relación con el artículo 38 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Por todo ello,

SUPLICO AL JUZGADO: que, teniendo por presentado este escrito con las documentales que lo acompañan, se digne admitirlo y en sus méritos tenga por interpuesta DENUNCIA contra D. por hechos contemplados en el art. 227 del CP, y de amenazas del artículo 171.4 del Código Penal en relación con el artículo 38 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Acuerde su admisión incoándose diligencias a fin de depurar las responsabilidades penales que en su caso correspondan.

Lugar y fecha Firma

(Fuente: ILLÁN FERNÁNDEZ JM, Los procedimientos de separación, divorcio y nulidad matrimonial en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 3ª edición, Thomson - Aranzadi, Navarra, 2005, p.587-588)

7. Modelo de solicitud de orden de protección

XIV. FORMULARIOS CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO	
<p>Formulario solicitud orden de protección</p> <p style="text-align: center;">MODELO DE SOLICITUD DE ORDEN DE PROTECCIÓN</p> <div style="text-align: right; padding-right: 20px;">  <p>MINISTERIO DE JUSTICIA</p> </div>	
FECHA:	HORA:
ORGANISMO RECEPTOR DE LA SOLICITUD	
Nombre del organismo:	
Dirección:	
Teléfono:	
Fax:	
Correo electrónico:	
Localidad:	
Persona que recibe la solicitud (nombre o número de carnet profesional):	
VICTIMA	
Apellidos:	
Nombre:	
Lugar/Fecha Nacimiento:	
Nacionalidad:	
Sexo:	
Nombre del padre:	
Nombre de la madre:	
Domicilio ¹ :	
Teléfonos contacto ² :	
D.N.I. nº	
N.I.E. nº o Pasaporte nº	
SOLICITANTE QUE NO SEA VICTIMA	
Apellidos:	
Nombre:	
Lugar/Fecha Nacimiento:	
Nacionalidad:	
Sexo:	
Nombre del padre:	
Nombre de la madre:	
Domicilio:	
Teléfonos contacto:	
D.N.I. nº	
N.I.E. nº o Pasaporte nº	
Relación que le une con la víctima:	
PERSONA DENUNCIADA	
Apellidos:	
Nombre:	
Lugar/Fecha Nacimiento:	
Nacionalidad:	
Sexo:	
Nombre del padre:	
Nombre de la madre:	
Domicilio:	
Teléfonos contacto:	
D.N.I. nº	
N.I.E. nº o Pasaporte nº	
RELACION VICTIMA-PERSONA DENUNCIADA	
¿Ha denunciado con anterioridad a la misma persona? Sí No	
En caso afirmativo, indique el número de denuncias:	
¿Sabe si dicha persona tiene algún procedimiento judicial abierto por delito o falta? Sí No	
¿Qué relación de parentesco u otra tiene con el denunciado?	
<p>¹ En caso de que la víctima manifieste su deseo de abandonar el domicilio familiar, no se deberá hacer constar el nuevo domicilio al que se traslada, debiendo indicarse el domicilio actual en el que reside. Asimismo, el domicilio no debe ser necesariamente el propio, sino que puede ser cualquier otro que garantice que la persona pueda ser citada ante la Policía o ante el Juzgado.</p> <p>² El teléfono no debe ser necesariamente el propio, sino que puede ser cualquier otro que garantice que la persona pueda ser citada ante la Policía o ante el Juzgado.</p>	

Formulario solicitud orden de protección		 MINISTERIO DE JUSTICIA
MODELO DE SOLICITUD DE ORDEN DE PROTECCIÓN		
SITUACION FAMILIAR		
PERSONAS QUE CONVIVEN EN EL DOMICILIO		
Nombre y apellidos	Fecha Nacimiento	Relación de parentesco
DESCRIPCION DE HECHOS DENUNCIADOS QUE FUNDAMENTEN LA ORDEN DE PROTECCION ³ (Relación detallada y circunstancias de los hechos)		
¿Qué último hecho le ha impulsado a formular la presente solicitud?		
¿Qué actos violentos han ocurrido con anterioridad, hayan sido o no denunciados?		
¿En qué localidad han ocurrido los hechos?		
ATENCION MEDICA		
Caso de haber sido lesionada, ¿ha sido asistida en algún Centro Médico?		Sí No
¿Aporta la víctima parte facultativo?		Sí No
En caso afirmativo, únase una copia del parte como anejo de esta solicitud X		
ASISTENCIA JURIDICA		
¿Tiene usted un Abogado que le asista?		Sí No
En caso negativo, ¿Desea contactar con el servicio de asistencia jurídica del Colegio de abogados para recibir asesoramiento jurídico?		
Sí No		
OTROS DATOS DE INTERES PARA LA ADOPCION DE MEDIDAS DE PROTECCION		
* En caso de convivencia en el mismo domicilio de la persona denunciada ¿quiere continuar viviendo en el mencionado domicilio con los hubiere?		
Sí No		
<small>³ En caso de que la solicitud de orden de protección se presente ante la Policía, este apartado podrá ser sustituido por la toma de declaración de la persona denunciante en el seno del atestado.</small>		

Formulario solicitud orden de protección	 MINISTERIO DE JUSTICIA		
MODELO DE SOLICITUD DE ORDEN DE PROTECCIÓN			
<ul style="list-style-type: none"> • ¿Quiere que la persona denunciada lo abandone para garantizar su seguridad? <div style="display: flex; justify-content: space-around; width: 100%;"> Sí No </div> • ¿Necesita obtener algún tipo de ayuda económica o social? <div style="display: flex; justify-content: space-around; width: 100%;"> Sí No </div> • ¿Trabaja la víctima? Sí No En caso afirmativo, indique la cantidad mensual aproximada si la conoce: • ¿Trabaja la persona denunciada? Sí No En caso afirmativo, indique la cantidad mensual aproximada si la conoce: • ¿Existen otros ingresos económicos en la familia? Sí No En caso afirmativo, indique la cantidad mensual aproximada si la conoce: 			
<u>JUZGAO AL QUE SE REMITE LA SOLICITUD</u>			
A RELLENAR POR EL ORGANISMO EN EL QUE SE PRESENTA LA SOLICITUD			
(Firma solicitante)			
<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="padding: 2px;">INSTRUCCIONES BÁSICAS</td> </tr> <tr> <td style="padding: 2px;"> <ol style="list-style-type: none"> 1. No resulta imprescindible contestar todas las preguntas, aunque sí que es importante hacerlo 2. Una vez cumplimentado esta solicitud, debe entregarse una copia a la persona solicitante, y el original debe ser remitido al Juzgado de guardia de la localidad, quedando otra copia en el organismo que recibe la solicitud. 3. Si la víctima aporta parte médico, denuncias anteriores u otros documentos de interés, serán unidos como anejos de la solicitud. </td> </tr> </table>		INSTRUCCIONES BÁSICAS	<ol style="list-style-type: none"> 1. No resulta imprescindible contestar todas las preguntas, aunque sí que es importante hacerlo 2. Una vez cumplimentado esta solicitud, debe entregarse una copia a la persona solicitante, y el original debe ser remitido al Juzgado de guardia de la localidad, quedando otra copia en el organismo que recibe la solicitud. 3. Si la víctima aporta parte médico, denuncias anteriores u otros documentos de interés, serán unidos como anejos de la solicitud.
INSTRUCCIONES BÁSICAS			
<ol style="list-style-type: none"> 1. No resulta imprescindible contestar todas las preguntas, aunque sí que es importante hacerlo 2. Una vez cumplimentado esta solicitud, debe entregarse una copia a la persona solicitante, y el original debe ser remitido al Juzgado de guardia de la localidad, quedando otra copia en el organismo que recibe la solicitud. 3. Si la víctima aporta parte médico, denuncias anteriores u otros documentos de interés, serán unidos como anejos de la solicitud. 			

(Fuente: ILLÁN FERNÁNDEZ JM, *Los procedimientos de separación, divorcio y nulidad matrimonial en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 3ª edición*, Thomson - Aranzadi, Navarra, 2005, p.595-599)