



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO DE FIN DE GRADO

**CASO: DIVORCIO CON HIJOS POR MOTIVO DE
LESIONES**

Autor:

Tutor:

Juan Carlos Martínez Suárez

José Ramón Ruiz García

ÍNDICE

1. Abreviaturas	4
2. Enunciado del caso	5
3. ¿Cómo calificaría la situación legal de Leticia respecto de Felipe (pareja de hecho legal o no, matrimonio válido, no válido)?	8
3.1. Las parejas de hecho: generalidades	9
3.2. Las parejas de hecho en las Islas Baleares	9
3.2.1. Impedimentos	10
3.3. Las parejas de hecho en Galicia	11
3.4. Inscripción en el Registro	12
3.5. Valoración de una situación alternativa	12
3.6. El matrimonio: generalidades	13
3.6.1. Regulación y requisitos según el Código civil	14
3.6.2. Requisitos formales del acto de celebración	15
3.7. El matrimonio según la ley catalana	16
3.8. La nulidad del matrimonio	17
4. La adopción de Antonio, ¿fue válida?	17
4.1. La adopción: generalidades	17
4.2. La adopción según el Código civil	18
4.3. La adopción en las Islas Baleares	19
4.4. Requisitos para adoptar	19
4.5. Procedimiento	21
4.6. La adopción por complacencia	21
5. ¿Puede Leticia solicitar el divorcio? Y, en su caso, ¿les corresponde a Antonio y a Lucía una pensión de alimentos?	22
5.1. El divorcio: generalidades	22
5.2. El divorcio en el Código civil de Cataluña	23
5.3. Validez del matrimonio	23
5.4. La pensión de alimentos y la pensión compensatoria	24
5.4.1. La pensión de alimentos	24
5.4.1.1. Nacimiento de la obligación	25
5.4.1.2. Fijación de la cuantía	26
5.4.2. La pensión compensatoria	27
6. ¿A quién debe atribuirse el uso de la vivienda familiar (donde residen actualmente, en Lugo)?	28
6.1. La atribución del uso de la vivienda: generalidades	28
6.2. Atribución del uso de la vivienda familiar	29
6.3. Extinción del derecho de uso	32
6.4. La donación en el Código civil y el Derecho foral de Galicia	34
6.5. Aplicación al caso	35
6.6. Valoración de la situación de precario y comodato	36
7. ¿Las actuaciones de Felipe son constitutivas de delito?	37
7.1. Violencia de género y violencia familiar: generalidades	37
7.2. Situación A	38
7.3. Situación B	39
7.4. Situación C	40

7.5. Situación D	41
8. Conclusiones finales	42
8.1. ¿Cómo calificaría la situación legal de Leticia respecto de Felipe (pareja de hecho legal o no, matrimonio válido, no válido)?	42
8.2. La adopción de Antonio, ¿fue válida?	44
8.3. ¿Puede Leticia solicitar el divorcio Y, en su caso, ¿les corresponde a Antonio y a Lucía una pensión de alimentos?	45
8.4. ¿A quién debe atribuirse el uso de la vivienda familiar (donde residen actualmente, en Lugo)?	45
8.5. ¿Las actuaciones de Felipe son constitutivas de delito?	47
9. Fuentes de información	48
9.1. Bibliografía	48
9.2. Legislación consultada	48
9.3. Sentencias	49
9.3.1. Tribunal Constitucional	49
9.3.2. Tribunal Supremo	49
9.3.3. Audiencias Provinciales	50
9.3.4. Internet	50

1. Abreviaturas

Art.: artículo

CC: Código civil

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial

CP: Código penal

DGRN: Dirección General de los Registros y Notariado

LCCCat: Ley del Código civil de Cataluña

LDCG: Ley de Derecho civil de Galicia

LEC: Ley de Enjuiciamiento civil

LECrím: Ley de Enjuiciamiento criminal

LH: Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria

LIADIAIB: Ley Integral de la Atención y Derechos de la Infancia y de la Adolescencia en las Islas Baleares

LOMPICVG: Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

LPEB: Ley Parejas Estables de Baleares

LRC: Ley del Registro Civil

RLRC: Reglamento de la Ley del Registro civil

SAP: Sentencia Audiencia Provincial

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

2. Enunciado del caso

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.

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

3.1. Las parejas de hecho: generalidades

La pareja de hecho, aunque esta terminología no es unánime, es una de las nuevas formas de convivencia que existen en la actualidad, y que ha ampliado la forma en que dos personas pueden compartir su vida y, por lo tanto, al clásico matrimonio se le añade otro sistema más, jurídicamente reconocido¹.

La evolución de la sociedad ha forzado en cierta manera, como siempre sucede, a que las leyes, aunque sea con retraso, se vayan adaptando a la nueva realidad sociológica. En el ordenamiento jurídico español no existe una normativa uniforme sobre las parejas de hecho, debiendo remitirnos a las normas autonómicas. Si bien en la Constitución no se habla de ellas, tampoco se prohíben, y las referencias a la dignidad de las personas, al libre desarrollo de su personalidad, la igualdad ante la ley, la libertad ideológica y la intimidad familiar pueden interpretarse dentro de un contexto permisible de tal situación². También en la ley 13/2005 en la que se modifica el Código civil en lo referente al derecho a contraer matrimonio, se puede apreciar un acercamiento entre la institución del matrimonio y la pareja de hecho. En el año 1992 el Tribunal Constitucional (en adelante TC) reconoce expresamente la unión de hecho como familia, no vinculada al matrimonio, protegida por su artículo 39 donde se dispone, en su apartado primero, que “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”. Además, la pareja de hecho no es objeto de protección unitaria como tal, sino los derechos de las madres y los hijos nacidos de la filiación y la maternidad³.

Actualmente, trece Comunidades Autónomas cuentan con una regulación específica sobre la materia y, en términos generales, establecen unas condiciones similares de cumplimiento, entre ellas las Islas Baleares y, aunque las definiciones que aparecen en los distintos textos varían, la STS, de 18 de mayo de 1992, en su FJ 4º unifica el concepto al decir “que la convivencia *more uxorio* ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar”.

De lo que no cabe duda es de su semejanza fáctica con el matrimonio (estabilidad, convivencia, intereses y fines comunes), y de su reconocimiento a efectos jurídicos con aplicación analógica de algunas normas de aquél a las parejas de hecho, aunque no en total igualdad, según consta en jurisprudencia del TC,⁴ basándose éste en la ausencia de reflejo en la Constitución, donde sí está el derecho al matrimonio⁵.

En el caso que nos ocupa, no se nos dice dónde nació Felipe, sí donde vive y está empadronado. Pero también se da como dato que su madre enviuda y está empadronada

¹ ÁLVAREZ LATA, N.: “Las parejas de hecho: perspectiva jurisprudencial”. *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 12, enero-diciembre 1998.

² Art. 14, 16 y 18 CE.

³ STC 222/1992, de 11 de diciembre, BOE núm. 16, de 19 de enero de 1993.

⁴ *Vid.* Entre otras: STC 253/1988, de 20 de diciembre, BOE núm. 11, de 13 de enero de 1989; STC 184/1990, de 15 de noviembre, BOE núm. 289, de 03 de diciembre de 1990; STC 222/1992, de 11 de diciembre, BOE núm. 16, de 19 de enero de 1993.

⁵ Art. 32 CE.

en Lugo. Se podría deducir por tanto que es gallega y que Felipe nació en Lugo, por lo que tendría vecindad civil gallega por nacimiento, según lo que establece el artículo 4 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia que remitiendo al Código civil, dice también que “Los gallegos que residan fuera de Galicia tendrán derecho a mantener la vecindad civil gallega [...]”⁶ Por todo ello, según se considere una u otra vecindad civil se podría aplicar una u otra ley, teniendo en cuenta que legislación autonómica rige con preferencia al Código civil y demás leyes estatales⁷, también reflejado en la norma balear⁸.

En ambos casos, las leyes de parejas de hecho de ambas Comunidades establecen unos requisitos e impedimentos para constituirse como tales.

3.2. Las parejas de hecho en las Islas Baleares

En primer lugar estudiaremos la **normativa balear** partiendo de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables, en la cual se define a una pareja de hecho como la unión “...de dos personas que convivan de forma libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal”⁹. Felipe y Leticia viven juntos en Palma de Mallorca desde el 15 de junio de 2014 y se plantean formalizar su unión inscribiéndose en el Registro de parejas de hecho de Baleares el 2 de agosto del mismo año.

También se establecen unas condiciones en cuanto a capacidad y requisitos personales. Deben ser mayores de edad y “para poder acogerse a esta Ley, como mínimo uno de los dos miembros ha de tener la vecindad civil en las Illes Balears y se exige la sumisión expresa de ambos al régimen establecido por ésta”¹⁰. Por lo tanto, uno de los requisitos fundamentales es ostentar la vecindad civil balear.

Se plantea entonces qué es y cómo se adquiere la vecindad civil para saber cuál es el Derecho civil que se aplicará a la persona, el común o el especial, y según lo que establece el Código civil¹¹:

“1. La sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil.

2. Tienen vecindad civil en territorio de derecho común, o en uno de los de derecho especial o foral, los nacidos de padres que tengan tal vecindad.”

⁶ Art. 4.2 LDCG. Los gallegos que residan fuera de Galicia tendrán derecho a mantener la vecindad civil gallega con arreglo a lo dispuesto en el derecho civil común y, en consecuencia, podrán seguir sujetos al derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.

⁷ Art. 8.2 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

⁸ Art. 1: “El Derecho civil de las Islas Baleares regirá con preferencia al Código civil y demás leyes estatales, de conformidad con lo establecido en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía, sin perjuicio de las normas de carácter civil que, según la propia Constitución, sean de aplicación directa y general.

El Derecho civil de Baleares se interpretará e integrará tomando en consideración los principios generales que lo informan, así como las leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina que encarnan la tradición jurídica de las islas.

En defecto de la Ley y costumbre del Derecho Balear se aplicará supletoriamente el Código civil y demás leyes civiles estatales cuando sus normas no se opongan a los principios de su Ordenamiento jurídico”. 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.

⁹ Art. 1 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables, Comunidad Autónoma de las Illes Balears «BOIB» núm. 156, de 19 de diciembre de 2001, (BOE núm. 14, de 16 de enero de 2002)

¹⁰ Art. 2 de la Ley 18/2001,...

¹¹ Art. 14 CC.

Por lo tanto, será necesario conocer si Felipe o Leticia, o ambos, cumplen con las exigencias necesarias para tener una determinada vecindad civil que les permita acogerse a una normativa especial concreta. Para ello, el mismo artículo del CC establece una serie de requisitos que se deben cumplir, tales como que la residencia sea continuada durante dos años manifestándolo así el interesado, o de diez años sin declaración en contrario, debiendo constar ambas en el Registro civil, o, en caso de duda, prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento¹².

En los dos primeros es necesario resaltar y tener en cuenta que se utiliza el término “continuada”, importante para constatar si podría tener dicha vecindad, ya que Felipe rompió varias veces ese nexo de continuidad debido a sus constantes viajes y cambios de domicilio, por lo que no sería de aplicación este punto para probar su vecindad civil balear o gallega.

Quedaría en cuestión el último punto relativo a su lugar de nacimiento, que no se facilita en el caso, pero si entendemos que nació en Palma de Mallorca, de padres con vecindad civil balear, será ésta la suya. Además, no debe confundirse la vecindad civil con la vecindad administrativa, establecida por el empadronamiento, y que es obligatoria para toda persona que viva en España y resida habitualmente en un municipio. Los datos que constan en el Padrón solo constituyen prueba de la residencia y del domicilio habitual en el municipio¹³.

3.2.1. Impedimentos

Si se considera que Felipe tiene la vecindad civil balear la normativa aplicable en esta Comunidad es la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables (LPEB) que¹⁴ establece las formalidades de constitución en cuanto a capacidad y requisitos personales:

“1. Pueden constituir pareja estable a los efectos de esta Ley los mayores de edad y los menores emancipados. No obstante, no pueden constituir pareja estable:

- a) Los que estén ligados por vínculos matrimoniales.
- b) Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.
- c) Los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado.
- d) Los que formen pareja estable con otra persona, inscrita y formalizada debidamente.

2. Para poder acogerse a esta Ley, como mínimo uno de los dos miembros ha de tener la vecindad civil en las Illes Balears y se exige la sumisión expresa de ambos al régimen establecido por ésta.”

Se puede comprobar que Felipe y Leticia no cumplen los requisitos establecidos en esta norma, ya que si bien los dos primeros apartados y el cuarto no les afectarían, sí lo hace el tercero que impide la constitución a los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado. Es decir, tía y sobrino como en este caso.

¹² Art. 14 CC

¹³ Art. 15 y 16 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, (BOE núm. 80, de 3 de abril de 1985).

¹⁴ Art. 2 LPEB

3.3. Las parejas de hecho en Galicia

Si se considera que Felipe tiene vecindad civil gallega la ley aplicable sería la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (LDCG) que, en su disposición adicional tercera, establece los impedimentos para constituirse en pareja de hecho en esta Comunidad “A los efectos de la aplicación de la presente ley, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la presente ley reconoce a los cónyuges”¹⁵.

Con relación a este primer punto, tanto Felipe como Leticia estarían en condiciones de constituirse en pareja de hecho ya que conviven juntos desde el 15 de junio de 2014.

En el siguiente punto de la misma disposición se establece que:

“2. Tendrán la condición de parejas de hecho las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio. No pueden constituir parejas de hecho:

- a) Los familiares en línea recta por consanguinidad o adopción.
- b) Los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado.
- c) Los que estén ligados por matrimonio o formen pareja de hecho debidamente formalizada con otra persona.

3. Los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que estimen convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su extinción, siempre que no sean contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponden a cada conviviente o gravemente perjudiciales para cada uno de los mismos.”

Aquí se disponen una serie de impedimentos para constituirse como pareja de hecho en el apartado c), no permitiéndose hacerlo si son parientes colaterales de tercer grado.

En el presente caso, de tramitar la constitución como pareja de hecho por la ley gallega, si se considera que Felipe tiene esta vecindad civil, habría el inconveniente añadido de que no se cumple el requisito de estar empadronados los miembros en el mismo domicilio de algún municipio de la Comunidad.

Por lo tanto, si bien en la normativa gallega no se establece el requisito de la vecindad civil al contrario que en la balear, sí en ambas existe el impedimento de parentesco en tercer grado, sin que aparezca en cualquiera de ellas una disposición que permita solicitar una dispensa. Todo ello lleva a establecer la imposibilidad de constituirse como pareja de hecho en ninguna de las Comunidades y, por lo tanto, no podrían inscribirse en el Registro de parejas de hecho de Baleares como da por sentado el enunciado del caso.

¹⁵ Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia (LDCG). (DOG núm. 124, de 29 de junio de 2006, BOE núm. 191, de 11 de agosto de 2006)

3.4. Inscripción en el Registro

Otro de los requisitos coincidentes en una y otra regulación es la inscripción en el Registro Oficial con carácter constitutivo¹⁶, que ha sido aceptada constitucionalmente según STC 81/2013, de 11 de abril¹⁷. En el caso de las Islas Baleares es la inscripción voluntaria y con carácter constitutivo en el Registro público creado al efecto¹⁸.

En el Reglamento del Registro de parejas estables de las Islas Baleares se repiten las exigencias establecidas en la ley que regula esta institución jurídica en la Comunidad¹⁹, y en el mismo texto se establece que los miembros de la pareja deberán hacer una declaración responsable de que no hay ninguna relación de parentesco en línea recta por consanguinidad o adopción, ni colateral por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado²⁰.

En este caso, al dar por hecha su inscripción, el funcionario del Registro ha cometido una irregularidad, ya que en el artículo 10 del mismo Reglamento se dispone que deberá comprobar la exactitud de los datos aportados:

“2. El Registro ha de comprobar la exactitud y la suficiencia de los datos aportados y, si es necesario, debe requerir a los interesados para que en un plazo de 10 días, a contar desde la notificación del requerimiento, subsanen los defectos o aporten los documentos que falten, con indicación de que si no lo hacen, se considerará que desisten de su petición.

3. Comprobada la exactitud y la suficiencia de los datos aportados, debe requerirse a ambos miembros de la pareja para que, en el plazo de un mes y delante del responsable de Registro, delante de un notario o delante de un alcalde asistido por el secretario, formalicen conjuntamente y de forma escrita la voluntad de constituirse en pareja en una relación de afectividad análoga a la conyugal, sin condiciones y con carácter de permanencia.”

3.5. Valoración de una solución alternativa

Como solución alternativa, de persistir la intención de constituirse en pareja de hecho, podrían plantearse hacerlo en la Comunidad de Madrid donde Leticia se encuentra empadronada. Pero al comprobar los requisitos tampoco sería viable, ya que tendría que tener su residencia en dicha ciudad, y ahora vive en Palma de Mallorca y, además, se

¹⁶ En la STS 2097/2017, de 4 de mayo, [Id Cendoj: 28079140012017100347] se dice que la existencia de la pareja de hecho se acredita con la "inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamiento del lugar de residencia", por lo tanto no solo en el Registro autonómico.

¹⁷ Pleno. STC 81/2013, de 11 de abril, (BOE núm. 112 de 10 de mayo de 2013)

¹⁸ Art. 1.2 del Decreto 112/2002, de 30 de agosto, mediante el cual se crea un Registro de Parejas Estables de las Illes Balears y se regula su organización y gestión, (BOIB Núm. 133 05-11-2002).

¹⁹ Art. 4. Inscripción en el Registro “Tienen acceso a la inscripción en este Registro las uniones de dos personas que convivan o quieran convivir de manera libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, siempre que declaren formalmente su voluntad de constituirse como pareja estable, con carácter permanente y sin estar sometidos a condición, que como mínimo uno de sus miembros tenga vecindad civil en las Illes Balears y que haya sometimiento expreso de ambos al régimen que establece. Decreto 112/2002, de 30 de agosto, mediante el cual se crea un Registro de Parejas Estables de las Illes Balears y se regula su organización y gestión, (BOIB Núm. 133 05-11-2002).

²⁰ Art. 9 d) Declaración responsable de ambos miembros de que no hay ninguna relación de parentesco en línea recta por consanguinidad o adopción, ni colateral por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado. Decreto 112/2002, de 30 de agosto, mediante el cual se crea un Registro de Parejas Estables de las Illes Balears y se regula su organización y gestión, (BOIB núm. 133, de 05 de noviembre de 2002).

exige un mínimo de convivencia de doce meses y la prohibición de constituir una pareja de hecho a “los parientes colaterales por consanguinidad o adopción dentro del tercer grado”²¹.

El TC recuerda que, aunque las parejas de hecho son una modalidad de familia, en las distintas regulaciones autonómicas que les afectan, equiparándolas al matrimonio en algunos aspectos particulares, no concurre ese vínculo jurídico y no se pueden rebasar los límites de lo que corresponde a la regulación propia del derecho privado autonómico²².

3.6. El matrimonio: generalidades.

Los antecedentes nacionales más próximos en los que aparece alguna regulación sobre la institución del matrimonio en España se encuentran en el art. 43 de la Constitución de 1931 y, en menor medida, el art. 6 del Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945²³.

En la actual Constitución española de 1978 según la cual el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, siendo regulados por ley los requisitos y los derechos y deberes de los cónyuges, se deduce que es la unión estable de dos personas en igualdad de derechos y obligaciones, sin presuponer que es solo entre hombre y mujer, como sí sucedía hasta la aprobación de la ley 13/2005, sobre el matrimonio homosexual.

La regulación básica de la institución del matrimonio adquiere rango constitucional cuando se dice²⁴:

“1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.”

La competencia exclusiva en la regulación de los distintos tipos de matrimonio le corresponde al Estado²⁵. No se debe olvidar que es un acto formal y debe cumplir unos determinados requerimientos, establecidos en el CC²⁶, que son imprescindibles e

²¹ Art. 1 y 2 de Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, (BOE núm. 55 de 5 marzo 2002. BOCAM núm. 2, de 3 de enero de 2002)

²² Pleno. Sentencia 75/2014, de 8 de mayo de 2014. Cuestión de inconstitucionalidad 5658-2010. Planteada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en relación con la disposición adicional tercera de la Ley del Parlamento de Galicia 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, en la redacción dada por la Ley 10/2007, de 28 de julio. Competencias sobre legislación civil: inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por inadecuada formulación de los juicios de aplicabilidad y relevancia

²³ GARCÍA-CUEVAS ROQUE, E. *El matrimonio en la Constitución española: un enfoque doctrinal y jurisprudencial*. Foro, Nueva época, vol. 17, núm. 1 (2014), pp. 185-216

²⁴ Art. 32 CE.

²⁵ Art. 149.1 CE. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias.

(...)

8ª Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.

²⁶ Libro I, Título IV, Capítulo II del CC

imperativos para que tenga validez y sea reconocido plenamente en el ordenamiento jurídico²⁷.

3.6.1. Regulación y requisitos según el Código civil

El régimen común del matrimonio viene regulado en los artículos 42 a 107 CC, que se aplica con carácter subsidiario a la normativa de ciertas Comunidades Autónomas que tienen su propia normativa.

Los requisitos que deben observar las personas que quieran contraer matrimonio vienen establecidos en el Libro I, Título IV, Capítulo II del CC, en donde se dice que debe existir consentimiento y no haber condiciones (STC 222/1992, de 11 diciembre, «no hay matrimonio sin consentimiento mutuo» —art. 45 CC—, y STC 47/1993, de 8 de febrero), siendo nulo el celebrado con condición, término o modo.

En términos generales, no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados y los que estén ligados por vínculo matrimonial²⁸. En este caso tanto Leticia como Felipe son mayores de edad y no están casados, por lo que no les sería aplicable ninguno de estos impedimentos. No así en lo referente a los que impiden contraer matrimonio, pues si bien no son parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, sí son colaterales hasta tercer grado, ya que son tía y sobrino²⁹.

No obstante, la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN) de 18 octubre de 1995 (RAJ 1995, 9565) se pronunció sobre las relaciones entre parientes de la siguiente forma: “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*”, cuya real existencia depende de la voluntad íntima de las personas y no puede desvelarse so pena de permitir intromisiones ilegítimas en su intimidad”.

Es necesario, por tanto, establecer qué se considera parientes de tercer grado. A este respecto, serán considerados como tales aquellas personas que descienden de un antepasado común, pero no unas de otras. Para calcular el grado de parentesco colateral, hay que remitirse al antepasado común y después bajar hasta la persona que queremos relacionar o, de otra manera, el número de generaciones que distan entre uno y otro³⁰. Basándonos en estas consideraciones vemos que Felipe y Leticia tienen parentesco colateral de tercer grado.

Partiendo de los dos artículos anteriores del Código civil, existen impedimentos legales que obstaculizan la celebración del matrimonio. Algunos de ellos no son dispensables como el de parentesco en línea recta, ni tampoco en línea colateral dentro del segundo grado (el que afecta a los hermanos) y no sería posible que se llevase a cabo. Pero la normativa legal contempla la dispensa de otros. Así, “El Juez podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, mediante resolución previa dictada en expediente de jurisdicción voluntaria, los impedimentos de muerte dolosa del cónyuge o persona con

²⁷ SAP Madrid (Sección 22ª), sentencia de 21 abril 1997. AC 1997\1666

²⁸ Art. 46 CC.

²⁹ Art.47 CC.

³⁰ Art.918 CC.

En las líneas se cuentan tantos grados como generaciones o como personas, descontando la del progenitor.

[...] En la colateral se sube hasta el tronco común y después se baja hasta la persona con quien se hace la computación. Por esto, el hermano dista dos grados del hermano, tres del tío, hermano de su padre o madre, cuatro del primo hermano y así en adelante.

la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal y de parentesco de grado tercero entre colaterales. La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes”³¹.

La dispensa matrimonial exige una justa causa que esté suficientemente comprobada, debiendo acreditarse igualmente los motivos que se invoquen para tal solicitud, pudiendo ser de “índole particular, familiar o social”³² y si se trata de colaterales de tercer grado de parentesco, como es el caso, se deberá expresar con claridad el árbol genealógico³³. En necesario tener en cuenta, y en esta línea se manifiesta la SAP de Teruel 24 marzo 2015, que la dispensa no debe haber sido solicitada después de que se haya instado judicialmente la nulidad por cualquiera de las partes legitimadas para que pueda ejercitarse la acción³⁴.

En el presente caso no se dice si ha sido o no solicitada la dispensa, por lo que si Felipe y Leticia no lo hacen no se podrán casar³⁵. Además, aun en el supuesto de que la soliciten posteriormente a la celebración del matrimonio, deberán hacerlo antes de que el Ministerio Fiscal, como parte en el procedimiento en defensa de la legalidad, solicite la nulidad, ya que de ser así no sería posible que sea concedida según sentencia del Tribunal Supremo³⁶.

3.6.2. Requisitos formales del acto de celebración

El matrimonio es un acto solemne que se debe realizar con las formalidades establecidas por las leyes. A este respecto, hay que referirse a la normativa del Código civil que, en el artículo 49 y ss establecen una serie de requisitos que se deben cumplir. Como Felipe y Leticia contraen matrimonio civil la norma dispone que se haga ante “el Juez, Alcalde o funcionario señalado por este Código”³⁷. En los artículos siguientes se habla de la competencia para la celebración que será del Juez encargado del Registro Civil o el alcalde del municipio de celebración quien, a su vez, podrá delegar en un concejal.

Para que el matrimonio pueda celebrarse se deberán acreditar previamente los requisitos establecidos y, para ello, se debe tramitar un expediente según lo establecido en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (LRC) y su reglamento de desarrollo³⁸.

La LRC dispone en su versión original que serán los alcaldes o en quienes ellos deleguen los encargados de celebrar el matrimonio en su forma civil, hay que resaltar que el texto todavía no está en vigor. Además, el Reglamento que se aplicaría a este caso sería el vigente a la fecha que se plantea, 25 de mayo de 2015³⁹.

El artículo 9.2 del CC dice que “Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la

³¹ Art. 48 CC.

³² Art. 260 Reglamento de la Ley del Registro civil (RLRC).

³³ Art. 261 RLRC

³⁴ Art. 74 CC: “La acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes” y SAP Teruel 24 marzo 2015 (JUR 2015, 123212).

³⁵ Actualmente regulada la solicitud de dispensa en la Ley 5/2015 de Jurisdicción Voluntaria, de 2 de julio. (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015).

³⁶ STS 8/2015 de 24 marzo.[JUR 2015\123212]

³⁷ Art. 49 CC.

³⁸ BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.

³⁹ Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. BOE 9/03/2007.

ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.”

- a) La ley personal común de los cónyuges no se puede aplicar ya que Leticia tiene vecindad civil en Madrid y la de Felipe se puede considerar que la tenga en Baleares o en Galicia.
- b) La segunda opción les da a elegir entre la ley personal o la residencia habitual de cualquiera de ellos, que en ese momento es Barcelona, por lo que tendrían que otorgar un documento auténtico antes de la celebración del matrimonio y, en este caso, podrían elegir la ley bajo la cual celebrarían su matrimonio. El otorgamiento podrían hacerlo ante notario. En el presente supuesto no se dice si Felipe y Leticia han otorgado documento auténtico, antes de la celebración del matrimonio, para establecer su ley personal o residencia habitual. Si lo hubiesen hecho y hubiesen elegido su residencia habitual se les aplicaría la ley catalana⁴⁰.
- c) En el siguiente supuesto sí podrían encajar ya que residen habitualmente en Barcelona. Aunque en el caso se dice que se mudan a Lugo, hay que tener en cuenta que el precepto de la ley establece “residencia habitual común **inmediatamente** posterior a la celebración”. Habría que entender por ello, que esta residencia seguiría siendo, en ese plazo temporal, la que tienen en Barcelona. El concepto de residencia habitual puede interpretarse como el lugar donde la persona se encuentra en determinado momento, aunque el artículo 40 CC lo utiliza para determinar el domicilio “para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y en su caso, el que determina la Ley de Enjuiciamiento Civil”. No debe olvidarse que este domicilio debe ser establecido de común acuerdo por los cónyuges según dice el artículo 70 CC: “los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancias, resolverá el juez teniendo en cuenta el interés de la familia”.
- d) La última opción no sería necesaria si hubiesen optado ya por una de las anteriores.

3.7. El matrimonio según la ley catalana.

Ambos contrayentes deciden casarse civilmente en el ayuntamiento de Barcelona. El Código civil del régimen común establece que la forma de celebración del matrimonio podría ser “ante el Juez, alcalde o funcionario señalado por este Código”⁴¹. Como según lo establecido en el apartado anterior se les aplicará la normativa catalana, habrá que hacer referencia al Derecho civil catalán, que regula la institución del matrimonio en la Sección 1ª del Libro segundo concretamente en los art. 231.2 al 231.31 LCCCat. Así, en lo referente al domicilio, establece que debe ser concertado comúnmente por ambos cónyuges, aunque se presume que será aquél donde convivan, ambos o uno de ellos, habitualmente, previendo en caso de desacuerdo se establecerá judicialmente⁴². En virtud de las transferencias otorgadas a las Comunidades Autónomas, según consta en el Estatuto de Autonomía de Cataluña que, en el artículo 9 establece que será de competencia exclusiva de la Generalitat la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil catalán, así como las normas procesales y de procedimiento administrativo que se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de Cataluña.

⁴⁰ Art. 231.2 y art. 231.31 del Código Civil Catalán (LCCCat).

⁴¹ Art. 49 CC. La nueva redacción entra en vigor el 30 de junio de 2017.

⁴² Art. 231.3 CCCat.

Es importante destacar que no consta que Felipe y Leticia hayan solicitado la dispensa del parentesco y que lo hayan acreditado según ordena el artículo 56 CC:

"quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código".

Tiene como objetivo que el Juez, mediante las oportunas pruebas y la publicidad que se otorga al matrimonio proyectado, decida acerca de la concurrencia en los esposos de los requisitos exigidos para contraer matrimonio.

3.8. La nulidad del matrimonio

En el presente caso, si consideramos que Felipe y Leticia se han casado sin solicitar la dispensa por parentesco, su matrimonio incurre en una de las causas de nulidad por un vicio esencial en su celebración. No se entra a considerar como causa la afirmación de Leticia de que "o se casan o se llevaría a Antonio con ella" por la poca entidad de esta frase y el contexto en el que se pronunció, o que influyese de alguna manera en el consentimiento de Felipe. El procedimiento de nulidad es similar al del divorcio, pudiendo también solicitar medidas provisionales. La nulidad lleva implícito que el matrimonio nunca se ha celebrado, por lo tanto no hubo matrimonio válido. El CC establece que un matrimonio que no cumpla los requisitos en él establecidos será declarado nulo⁴³. No obstante, en el derecho civil catalán todos los pactos que se hubiesen hecho en previsión de ruptura matrimonial o reconocimiento de hijos, entre otros, mantendrían su vigencia a pesar de la declaración de nulidad del matrimonio⁴⁴.

4. La adopción de Antonio ¿fue válida?

4.1. La adopción: generalidades

La adopción es una de las formas de adquirir la filiación en la que, al contrario que en la guarda y custodia, se pierde todo vínculo jurídico y familiar con la familia biológica, con la excepción de que el adoptando sea hijo del cónyuge del adoptante, apareciendo una nueva relación de derechos y obligaciones entre los padres adoptivos y el adoptando con equiparación plena con la filiación biológica, con carácter permanente e irrevocable⁴⁵.

La normativa que regula la adopción en España no ha llegado a satisfacer plenamente la función social que debe cumplir esta institución, y ha necesitado de múltiples reformas hasta llegar a la Ley 7/1970, de 4 de julio, con pequeñas modificaciones con las Leyes 11/1981, de 13 de mayo, y 30/1981, de 7 de julio. Todavía con defectos e insuficiencias normativas, donde el equilibrio entre el interés del menor y los demás en juego no estaban claros, sobre todo pensando que debía prevalecer el primero de ellos. De ahí la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, donde se postula la integración familiar y el supremo interés del menor como principios fundamentales. Además, en esta misma ley en su disposición adicional tercera establece que "las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar

⁴³ Art.47.2 CC Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí:
[...]

2. Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado.

⁴⁴ Art. 213-26 a) y b)

⁴⁵ Art.180.1 CC.

simultáneamente a un menor será también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de efectividad análoga a la conyugal”, dejando abierta la puerta a la adopción por las parejas de hecho.

En relación con el primero, se pretende una ruptura del vínculo jurídico con la familia anterior y la creación “*ope legis*” de una relación de filiación a la que le son aplicables los artículos 108 y siguientes del CC en relación con la igualdad de la filiación adoptiva con la matrimonial y no matrimonial⁴⁶.

Con carácter general, las Comunidades Autónomas establecen su propia normativa en materia de adopción. Esto conlleva que no en todas ellas existan las mismas condiciones y exijan los mismos requisitos a los solicitantes.

En España está permitida la adopción por personas solteras. Aunque existen sentencias contradictorias en cuanto al derecho constitucional a formar una familia. Así la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Valencia incide en que la clave es proteger los derechos del niño que va a ser adoptado, pero advierte de que no se pueden “ignorar” los intereses de los adoptantes. “Quien, en multitud de ocasiones por imposibilidad de tener un hijo biológico, aspira a la realización personal y social que supone la crianza y educación de un menor no está sino satisfaciendo su derecho constitucional a la formación de una familia. Es un derecho legalmente amparable y que no debe quedar postergado en aras a un exagerado concepto del interés del menor”⁴⁷. Pero también en el sentido contrario se han pronunciado los tribunales, ya que la SAP Barcelona 627/2013, de 18 de Octubre de 2013 entiende que no existe un derecho constitucional ordinario a la formación de una familia, ya que solo existe en relación al matrimonio, aunque deja abierta la posibilidad de que pueda integrarse en el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE)⁴⁸.

4.2. La adopción según el Código civil

El Código Civil en su art. 108 establece las distintas clases de filiación: por naturaleza, ya sea vía matrimonial o extramatrimonial o por adopción. Mediante la institución jurídica de la adopción, regulada en el capítulo V, en los artículos 175 y siguientes, una persona pasa a formar parte de una familia con los mismos derechos y obligaciones que el resto de los hijos naturales, rompiendo los vínculos jurídicos existentes con su familia natural.

En esta ley se establece que, salvo casos excepcionales, la adopción solo se refiere a los menores de edad y, además, será necesario su consentimiento si es mayor de doce años, siendo valorada su opinión negativa si, como dice la ley, “tiene suficiente juicio”.

En este caso, la fecha de referencia para la adopción es el 13 de octubre de 2014, antes de la actual revisión del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. En ese momento los artículos relativos al proceso de adopción no hacían referencia a las parejas de hecho, mención que sí aparece en la actualización publicada del 6 de octubre de 2015. Habrá que hacer referencia a la versión del Código civil vigente en aquel momento, con la modificación publicada del 14 de noviembre de 2012.

⁴⁶ 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. (BOE n.275, de 17.11.87)

⁴⁷ BERMEJO CUADRILLERO, F.A Y CASALILLA GALÁN, J. A.: “La Jurisprudencia Española sobre la No Idoneidad de los Solicitantes de Adopción: Análisis e Implicaciones” *Revista: Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 19, 2009, p. 76

⁴⁸ SAP Barcelona 11214/2013, de 18 de octubre, [Id. Cendoj: 08019370182013100603]

Otro de los temas importantes es la concurrencia de unos determinados requisitos subjetivos, entendiendo como tales a las personas que quieren adoptar y a las que pueden ser adoptadas, y otros formales constituidos por la tramitación del expediente mediante un procedimiento administrativo previamente establecido, en el que el menor debe ser oído, al ser uno de los principales implicados y la decisión que se tome afectará a su esfera personal, familiar o social⁴⁹.

4.3. La adopción en las Islas Baleares

En el momento de la solicitud de adopción de Antonio por Felipe el domicilio familiar se encuentra en Palma de Mallorca. La Ley 7/1995, de 21 de marzo, de guarda y protección de los menores desamparados fue la primera en establecer los requisitos para adoptar en las Islas Baleares. Actualmente derogada, ha sido sustituida por la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears (LIADIAIB)⁵⁰ como norma de carácter integral que regula los derechos y obligaciones de las personas menores de edad que se hallen en el territorio de las Islas Baleares y los mecanismos de actuación de los poderes públicos según se establece en su exposición de motivos, y fija también las competencias de la Comunidad Autónoma sobre la adopción de menores y crea un registro dependiente del Gobierno balear para controlar y supervisar todos los procesos de adopción⁵¹.

Esta ley sigue la línea marcada por la reglamentación nacional e internacional sobre la necesidad de una especial protección del menor. Hace asimismo una subdivisión dentro de la minoría de edad, estableciendo dos etapas; una primera que considera infancia y que comprende desde el nacimiento hasta los doce años, y otra adolescencia comprendida entre los doce y los dieciocho años que sería la mayoría de edad. Entre los derechos que esta ley establece para el menor, y en consonancia, aunque más ampliado con lo que dispone el CC, está el derecho a ser oído cuando existan situaciones que le afecten en su ámbito personal, familiar o social si es mayor de doce años, como Antonio, pero también valora la posibilidad de escuchar al menor de esa edad si lo considera con suficiente juicio.

4.4. Requisitos para adoptar

El CC no regula con exactitud los requisitos que deben cumplir aquellos que quieran adoptar a un menor, limitándose el artículo 175 CC⁵² a fijar los relativos a la edad mínima y a la diferencia con el adoptado. Así, el mencionado artículo establece: “la adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. En la adopción por ambos cónyuges basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante habrá de tener, por lo menos, catorce años más que el adoptado. [...]El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte...”⁵³.

⁴⁹ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (BOE núm. 15, de 17/01/1996).

⁵⁰ BOE núm. 297, de 13 de diciembre de 2006

⁵¹ Art. 9. LIADIAIB: “El Gobierno de las Illes Balears tiene la iniciativa legislativa, ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria para garantizar la atención y los derechos de la persona menor de edad, de acuerdo con lo establecido en la Ley 4/2001, de 14 de marzo, del Gobierno de las Illes Balears, y en la Ley 8/1997, de 18 de diciembre, de atribución de competencias a los consejos insulares en materia de tutela, acogimiento y adopción de menores.”

⁵² Reforma anterior de referencia a la fecha de solicitud de adopción.

⁵³ Art. 175 CC, según redacción vigente a la fecha de la solicitud de adopción.

En el supuesto de un matrimonio o pareja estable legalmente constituida, el requisito de tener veinticinco años o la diferencia mínima de edad solo sería exigible a uno de sus miembros. El CC establece como requisito imperativo, con la expresión “en todo caso”, la diferencia de catorce años entre adoptante y adoptado, Felipe y Antonio, comprobándose que no llega al mínimo requerido, ya que solo hay 13 años entre ambos. Por lo tanto este requisito no se cumple. Además, el artículo 176 en su apartado 3º dice “Ser hijo del consorte del adoptante”. La Real Academia Española, en su segunda acepción, define consorte como cónyuge y, en la fecha en la cual se solicita la adopción, Felipe no está casado con Leticia.

Otro de los requisitos necesarios para poder adoptar es que el adoptando no esté emancipado, situación en la que no se encuentra Antonio, ya que convive con su madre y con Felipe.

Este mismo artículo establece una serie de exclusiones que impiden a una persona adoptar a otra. Así dice en su punto tercero “No puede adoptarse [...] 2º A un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad”. No se daría esta situación en el caso que nos ocupa, ya que Antonio y Felipe serían parientes en cuarto grado.

La adopción sería posible si Felipe y Leticia se casasen con posterioridad, según refleja el apartado cuarto “...el matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte...”. Generalmente, para que se constituya la adopción es necesaria una resolución judicial, teniendo en cuenta el interés del adoptando y que el adoptante sea idóneo para ejercer la patria potestad.

Aunque el artículo 175 del CC no lo refleja existen otros requisitos que condicionan el proceso de adopción. Entre ellos, la prodigalidad ya que limita la capacidad del declarado pródigo, la privación o suspensión de la patria potestad mediante una sentencia judicial, los que estén inhabilitados para ser tutores o los sometidos al concurso de acreedores⁵⁴. Es importante destacar la idoneidad del adoptante para el ejercicio de la patria potestad⁵⁵. Desde el punto de vista técnico, la valoración de la idoneidad consiste en determinar si las personas que desean adoptar un niño disponen de las motivaciones, actitudes, capacidades, características psicológicas y entorno social necesarios para responder a las necesidades particulares del niño adoptado⁵⁶. Existe gran cantidad de sentencias que valoran la capacidad para ser padres en contra de los criterios de los organismos de las distintas administraciones encargados de dictar las resoluciones. Así, la SAP de Valencia 62/2014, dice que “... no cabe hacer de la idoneidad un concepto en tal forma estricto y excluyente que conduzca a condicionar y limitar la posibilidad de adopción de modo que, frustrando las respetables expectativas de los aspirantes a adoptar, vengan a la vez a producir un perjuicio en los menores susceptibles de ser adoptados”⁵⁷. Además, tanto esta sentencia como la SAP Valencia 671/2009 de 4 de noviembre, consideran que no todos los informes negativos deben considerarse válidos para denegar una adopción. Por lo tanto, se entiende que debe existir una razonable flexibilidad para determinar la idoneidad de una persona para adoptar a otra, lo que queda claro con la disparidad de criterios que utilizan las Administraciones en sus resoluciones y los juzgados y Tribunales en sus sentencias. Se puede decir que existe un concepto dinámico de la idoneidad al valorarse situaciones coyunturales de los adoptantes en el momento de solicitud de la adopción, así como un

⁵⁴ PÉREZ MARTÍN, A.J. “Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores”, LEX NOVA, S. A., Valladolid, 1998, pp. 570-571.

⁵⁵ Art 176.1 CC.

⁵⁶ BERMEJO CUADRILLERO, F.A. Y CASALILLA GALÁN, J. A.: “La Jurisprudencia Española sobre la No Idoneidad de los Solicitantes de Adopción: Análisis e Implicaciones”, *op. cit.*, p. 74.

⁵⁷ SAP de Valencia 62/2014, de 5 de febrero 2014 [Id. Cendoj: 46250370102014100079]

pronóstico futuro de su capacidad. Todo ello conlleva a una búsqueda de criterios de exclusión objetivos⁵⁸.

4.5. Procedimiento

Una parte fundamental del proceso de adopción es la preocupación de las instituciones públicas por el bienestar del adoptando, y a este fin se dirigen todas sus normas legales y actuaciones van enfocadas al interés superior del menor. De ahí que las entidades públicas sean una pieza importante en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, aunque no se descarta la solicitud privada si el adoptando es hijo del cónyuge o de la persona a la que esté unida con análoga relación de afectividad conyugal (entiéndase pareja de hecho)⁵⁹.

En el proceso de adopción ha de tenerse en cuenta el consentimiento, el asentimiento y la audiencia. El primero deberá ser dado por ambas partes, si el menor es mayor de doce años; el segundo por las personas implicadas colateralmente como son el cónyuge del adoptante y los padres del adoptando, regulado en el artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, modificado por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional⁶⁰. El tercero consiste en que deberán ser oídos por el Juez los padres no privados de la patria potestad, el tutor, el adoptando menor de doce años si se considera que tiene suficiente juicio o la entidad pública si es el caso⁶¹.

4.6. La adopción por complacencia

Cabría también considerar la posibilidad de una adopción por complacencia, en la que Felipe reconociera a Antonio como hijo suyo consciente de la falsedad biológica de la filiación. Así, en la STS 3192/2016, de 15 de julio, FJ 2º dice "...Lo que caracteriza a los reconocimientos de que se trata es que el autor del reconocimiento, sabiendo o teniendo la convicción de que no es el padre biológico del reconocido, declara su voluntad de reconocerlo con el propósito práctico de tenerlo por hijo biológico suyo: con la finalidad de constituir entre ambos una relación jurídica de filiación paterna como la que es propia de la paternidad por naturaleza..."De esta forma, podría evitarse el impedimento de la diferencia de edad.

Es también reseñable la discordancia entre el TS y la DGRN ya que ésta entiende que un reconocimiento de complacencia es nulo de pleno Derecho y no podrá ser inscrito cuando haya en las actuaciones datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que tal reconocimiento no se ajusta a la realidad, en contraposición a la sentencia antes comentada que acepta su inscripción en el Registro Civil al no admitir la nulidad.

⁵⁸ BERMEJO CUADRILLERO, F.A. Y CASALILLA GALÁN, J. A.: "La Jurisprudencia Española sobre la No Idoneidad de los Solicitantes de Adopción: Análisis e Implicaciones" *Revista: Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 19, 2009, *op. cit.*, p. 76

⁵⁹ Art. 176.2 CC.

⁶⁰ BOE núm. 312, de 29/12/2007. En su texto original.

⁶¹ LASARTE, C.: *Derecho de familia*. Ed. Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales, S. A. Madrid, 2014, pp. 323-324.

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

5.1. El divorcio: generalidades

La extinción de la relación no debe dejar indefensos a sus miembros, y así las diferentes legislaciones autonómicas (también los distintos Tribunales y otras instituciones de la organización judicial) han establecido distintos sistemas de protección, en mayor medida que la nacional, para adaptar su normativa en este campo a una realidad social que cada vez tiene más relevancia.

La Real Academia Española de la Lengua define el divorcio como “Disolver o separar, por sentencia, el matrimonio, con cese efectivo de la convivencia conyugal”. Asimismo, en el artículo 32 de la CE se establece la igualdad jurídica de los cónyuges en relación con el matrimonio y sus causas de disolución. Por lo tanto, se puede considerar el divorcio como la ruptura definitiva del vínculo matrimonial con las condiciones establecidas por la ley, que permite a los excónyuges volver a casarse.

La primera ley del divorcio después de la Constitución de 1978 fue la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio estableciendo todavía duras restricciones para poder divorciarse⁶². Actualmente, está vigente la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, reforma que allanó el camino para conseguir el divorcio, eliminando entre otros el requisito de la separación previa, la justificación de una causa y el tiempo mínimo de convivencia para proceder a la solicitud⁶³. En los artículos 85 CC y ss se establece que una de las formas de disolución del matrimonio es el divorcio⁶⁴, bien sea a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, y que se tendrá que decretar judicialmente.

Si bien la regulación para tramitar es común en toda España, existen determinados requisitos que se deben cumplir para presentar la demanda de divorcio (que se sustanciará por el juicio verbal) que debe realizarse en el Juzgado de Primera Instancia de donde se encuentre el domicilio familiar, que será también el competente para la tramitación de las solicitudes que traten exclusivamente de la guarda y custodia o la pensión de alimentos de los menores, salvo determinadas situaciones establecidas por la ley⁶⁵. En el caso de Leticia, si existe denuncia lo tramitaría el Juzgado de Violencia sobre la Mujer⁶⁶.

Cualquiera que haya sido la forma de celebración del matrimonio, para solicitar el divorcio no es necesario que se recurra a una separación judicial, ni justificar causa alguna, ni tampoco esperar un año desde que finalizó la convivencia, aunque sí un margen de tres meses, plazo que no contaría en el caso de haberse puesto en peligro la

⁶² Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. (BOE núm. 172, de 20/07/1981).

⁶³ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. (BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005).

⁶⁴ Art. 85 CC.

⁶⁵ Art. 769 y ss. LEC

⁶⁶ Han sido modificados o incluidos nuevos artículos en la LOPJ y en el Código penal por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004).

integridad del otro cónyuge o atentado contra su honor, por lo que Leticia podría solicitarlo directamente fundamentando en la demanda las medidas que considere deberán regular los efectos derivados de la finalización de la convivencia⁶⁷.

5.2. El divorcio en el Código civil de Cataluña

El divorcio en Cataluña se encuentra regulado en el capítulo III ° de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. En su artículo 233-1 ya establece que cualquiera de los cónyuges puede solicitarlo y además que se adopten las medidas provisionales que considere oportunas (entre otras la potestad y la distribución del deber de alimentos a los hijos e incluso la fijación de una pensión provisional a favor de uno de los cónyuges), especificando en su apartado segundo la potestad de la autoridad judicial para adoptar las que establezca la legislación específica en caso de violencia de género⁶⁸.

En el presente caso, considerando que el divorcio no es de mutuo acuerdo, según las circunstancias que se reflejan en el enunciado, el artículo 233-4 del mismo texto legal dispone que será la autoridad judicial quien deba adoptar las medidas definitivas sobre las obligaciones y derechos de ambos miembros de la pareja de cara a ejercer sus responsabilidades futuras, concretamente las parentales, incluido el deber de alimentos.

Es destacable también que en el derecho civil catalán se permiten los pactos en previsión de la ruptura matrimonial, que autorizan a ambos miembros de la pareja a establecer determinadas condiciones que regirán si existe una disolución del matrimonio. Lógicamente estos pactos no gozan de libertad contractual absoluta, ya que la situación futura puede cambiar, y para ello la ley establece ciertos condicionantes⁶⁹.

En este caso, basándonos en el planteamiento de la pregunta anterior, se pueden dar dos supuestos, que el matrimonio sea válido porque han solicitado la dispensa y se la han concedido, y que no lo sea por no haberlo hecho. De ser así, el matrimonio sería nulo y se daría por no realizado.

5.3. Validez del matrimonio

Si entendemos como válido el matrimonio entre Felipe y Leticia debe hacerse lo mismo para la posibilidad de divorciarse. Según las disposiciones del Código civil común, Leticia podría solicitar el divorcio directamente sin consentimiento de Felipe cumpliendo los requisitos establecidos en la ley⁷⁰. En su caso, los cumple sobradamente ya que supera los tres meses de convivencia (se casaron en mayo de 2015 y siguen conviviendo en junio de 2016) y, concretamente, este plazo no tendría porque tenerse en cuenta ya que fue agredida por Felipe, estableciendo el mismo artículo que no sería necesaria esa mínima convivencia de tres meses para presentar la demanda en caso de que "... se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio..."⁷¹La acreditación puede hacerla mediante la denuncia por estos hechos en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, al mismo tiempo que puede solicitar determinadas medidas

⁶⁷ Art. 81 CC

⁶⁸ Art. 233-1 de la LCCCat.

⁶⁹ Art. 231-20.1 de la LCCCat., modificado por el art. 10 de la Ley 6/2015, de 13 de mayo, de armonización del Código civil de Cataluña.

⁷⁰ Art. 81 y 86 CC.

⁷¹ Art. 81 CC en referencia al 86

civiles como la orden de alejamiento, uso del domicilio conyugal o una pensión de alimentos entre otras. En cuanto a la guardia conjunta de los hijos, el artículo 92.7 CC establece un impedimento para que se conceda al miembro de la pareja que esté inmerso en un proceso penal “por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral, [...] del otro cónyuge...”. Leticia podría acogerse a este supuesto ya que fue agredida y menospreciada por Felipe. En aquellos casos en los que no existe violencia de género el juzgado competente para llevar el divorcio será el Juzgado de primera instancia.

5.4. La pensión de alimentos y la pensión compensatoria.

En primer lugar conviene establecer la diferencia entre pensión de alimentos y pensión compensatoria, pues suele ser habitual confundir ambos conceptos. La pensión de alimentos es la que se solicita en favor de los hijos comunes del matrimonio, y suele hacerlo aquél que ostenta la guarda y custodia, pero siempre es a beneficio y sustento de los hijos. En cambio la pensión compensatoria parte de un supuesto diferente, la precariedad económica en que puede quedar uno de los miembros de la pareja, el cual durante el matrimonio se dedicó exclusivamente a las tareas del cuidado familiar, caso de Leticia, y ahora se encuentra con dificultades para incorporarse al mercado laboral para obtener unos ingresos que le permitan mantener un nivel de vida razonable.

5.4.1. La pensión de alimentos

Las crisis matrimoniales llevan aparejadas también crisis patrimoniales que ponen a ambos cónyuges en situaciones de precariedad muy elevadas, que deben ser subsanadas atendiendo a la capacidad económica de cada uno de ellos y, de esta forma, intentar conciliar en la medida de lo posible sus necesidades. La atribución del uso de la vivienda familiar tiene connotaciones de valoración monetaria, que deben ser evaluadas de cara a la concesión de una pensión de alimentos, concepto que el artículo 142 CC dice que abarca entre otras cosas la “habitación”, por lo que en determinados casos podría considerarse cumplida la obligación con la entrega para su uso del inmueble⁷², situación que podría encajar en este caso, al pertenecer el inmueble en exclusiva al cónyuge no custodio, aunque si esa atribución es temporal, sería necesario hacer un replanteamiento del importe de la pensión una vez finalizado aquél⁷³.

En la normativa civil catalana existe una mayor flexibilidad en el derecho de uso permitiendo la búsqueda de un equilibrio en especie tanto con la pensión de alimentos a los hijos como con la pensión compensatoria al otro cónyuge⁷⁴. Los conflictos entre los padres no los exime de sus obligaciones con sus hijos, y el Juez podrá determinar la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos de aquellos, ya que la responsabilidad como padres sigue existiendo⁷⁵, y atañe a las dos partes, una llamada alimentista que es la que recibe la pensión y otra alimentante que es la obligada a prestarla, como un deber moral y legal. Su contenido comprende lo indispensable para el sustento, vestido, asistencia médica y educación del alimentista y, en los casos en que el divorcio no es de mutuo acuerdo y no existe convenio regulador, se impone por sentencia. No solo cuando los hijos son menores tienen derecho a percibirla, sino también cuando, alcanzada la mayoría de edad, siguen en proceso de formación y no tienen ingresos propios.

⁷² Art. 93 CC

⁷³ GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar, op. cit.*, pp. 146-

⁷⁴ Art. 233-17.2 233-20, 233-20.7

⁷⁵ Art. 92 y 94 CC.

En cuanto a su naturaleza, algunos autores diferencian entre la obligación general de alimentos entendida como aquella que ya de por sí deben prestarse mutuamente los familiares por el hecho de serlo, de la que ha sido establecida por sentencia judicial que nombran como relación obligatoria alimenticia. Esta diferencia influye también en las notas que caracterizan a cada una de ellas, ya que las de reciprocidad, carácter personalísimo e imprescriptibilidad del derecho decaen cuando se convierte en obligación⁷⁶.

Por lo tanto, según se refleja en la SAP A Coruña 727/2017, de 6 de abril, aunque la materia de los alimentos a los hijos se encuentra también sometida a las normas generales de los alimentos entre parientes, según lo establecido en el Título VI del Libro I del Código Civil, aparece también específicamente contemplada en los preceptos que regulan las relaciones paterno filiales, dentro del Título VII del Libro I del Código Civil, y así la obligación de prestar alimentos a los hijos tiene su fundamento legal en los arts. 39.3 de la Constitución Española y 110, 143-2º y 154-1º del CC, como deber emanado de la propia filiación, aunque el alimentante no ostente la patria potestad (art. 110 CC). Pero la obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad goza de unas características particulares que la diferencian de la regulación de los alimentos entre parientes, ya que aquella obligación parte de las relaciones paterno filiales de patria potestad y no deben estar sujetas a las limitaciones, entre otras, de la fijación de la cuantía o cesación de la prestación⁷⁷. Las obligaciones relativas a los hijos deben ir más allá que las que se deben hacia los meros parientes y las limitaciones reflejadas en el CC serán de carácter meramente indicativo.

5.4.1.1. Nacimiento de la obligación

La reciprocidad de la relación exige un nexo de parentesco en el que haya una parte que tenga derecho a percibir la prestación y otra obligada a darla, estableciéndose así los términos de alimentista y alimentante.⁷⁸ Pero también debe tenerse una fecha de referencia en relación a cuándo los alimentos pueden ser reclamados o la posibilidad de prescripción de ese derecho.

El artículo 148.1 establece que “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.[...]El Juez, a petición del alimentista o del Ministerio Fiscal, ordenará con urgencia las medidas cautelares oportunas para asegurar los anticipos que haga una Entidad pública u otra persona y proveer a las futuras necesidades.” El Tribunal Supremo, en su sentencia STS 5898/2013 de 4 de diciembre, sienta la siguiente doctrina “Debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad, en situaciones de crisis de matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el artículo 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”⁷⁹. También en la STS 742/2013, de veintisiete de marzo, en su FJº 2º, motivo 4º establece que “...destacándose que para la efectividad de este tipo de obligaciones legales conviene diferenciar entre el tiempo o momento de nacimiento de la obligación, propiamente dicho, y el tiempo o momento de la exigibilidad de dicha obligación, siendo la reclamación judicial el cauce por el que se concreta la prestación debida (cuantía y

⁷⁶ LASARTE, C.: *El Derecho de familia, op. cit.*, p. 352-353.

⁷⁷ SAP A Coruña 727/2017, de 6 de abril [Id Cendoj: 15030370052017100093]

⁷⁸ Art. 143 CC.

⁷⁹ STS 5898/2013 de 4 de diciembre [id. Cendoj: 28079110012013100728]

modo de pago) y su exigibilidad desde la fecha en que se interpuso la demanda.” Además, continúa en el motivo 5º diciendo que la Sala “...ya apreció esta razón de compatibilidad derivada de la caracterización de estas acciones en orden a la aplicación del artículo 148, párrafo primero, a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada.”⁸⁰. De ello se puede deducir que, aunque el nacimiento de la obligación de alimentos se genere con anterioridad (por ejemplo desde la separación efectiva de los cónyuges) la prestación solo es exigible desde el momento de presentación de la demanda, y la cuantía que también es objeto de numerosos litigios será establecida por el juez de familia basándose en los criterios de las tablas orientadoras elaboradas por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ).⁸¹

El TC ha ampliado el momento inicial del nacimiento de la prestación estableciendo que la obligación de alimentos en favor de los hijos tiene ya su origen en el momento del nacimiento, al decir que “...en lo relativo a los alimentos entre parientes, respecto de los debidos a los hijos menores como un deber comprendido en el contenido de la patria potestad, ya fue apreciada por esta Sala...”⁸²

Para el momento del efecto retroactivo de la obligación de pensiones alimenticias a los hijos también es necesario tener en cuenta la STS 1111/2014, de 26 de marzo, que establece la siguiente doctrina “...cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera la que fije la pensión de alimentos e imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente”. También coincide con lo reflejado en la STS 5898/2013, de cuatro de diciembre, cuando dice que “...la pensión de alimentos fijada en favor de las hijas comunes debe ser abonada desde el momento de la interposición de la demanda”⁸³.

5.4.1.2. Fijación de la cuantía

La cuantía de la pensión alimenticia es uno de los temas más problemáticos y controvertidos en todo proceso de divorcio, y los criterios rectores son difíciles de determinar. Además, es necesario tener una doble perspectiva: la de los recursos y disponibilidad económica de quien está obligado a darlos, siendo necesario un medio de prueba consistente en el caso de personas que ejerzan profesiones liberales y, por lo tanto, en múltiples ocasiones con ingresos difíciles de cuantificar, o cómo se computa la aportación del cónyuge que ostenta la guardia y custodia y, por otro lado, de las necesidades del menor en consonancia con el estatus o posición social de la familia⁸⁴.

De todo ello se deduce que para la determinación del importe de la pensión se debe tener en cuenta la capacidad económica de los cónyuges, con especial relevancia la del obligado a darla, todo ello según lo dispuesto en el artículo 142 CC y siguientes, y en especial al artículo 146, donde se dispone “La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los

⁸⁰ STS 742/2013, de 27 de marzo, [28079110012013100680]

⁸¹ http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/En_Portada/Tablas_orientadoras_para_determinar_las_pensiones_alimenticias_de_los_hijos_en_los_procesos_de_familia_elaboradas_por_el_CGPJ

⁸² STS 536/1991, de 5 de octubre de 1993, siguiéndose idéntico criterio en la STS núm. 917/2008, de 3 de octubre.

⁸³ STS 5898/2013, de 4 de diciembre [28079110012014100137] y STS 3591/2011, de 14 de junio [28079110012011100346]

⁸⁴ STS 4077/2014, de 21 de octubre [Id Cendoj: 28079110012014100508]

recibe”. No obstante, según establece la SAP Valladolid, de 14 de julio de 1995, la cuantía de la pensión puede establecerse en una cantidad determinada sujeta a actualización o mediante un porcentaje de los ingresos líquidos del alimentante.

También se debe reflejar que para establecer la cuantía de la pensión alimenticia no puede tenerse en cuenta la relación parcial de los gastos que pueda presentar la parte que ostenta la guarda y custodia si, como puede suceder, algunos de ellos son difícilmente individualizables y pueden tener la consideración de gastos de la parte demandante.

El facultado para establecer la cuantía de la pensión es el tribunal encargado de resolver la instancia, según se refleja en la STS 50/2014, de 27 de enero, “La jurisprudencia de esta Sala ha declarado repetidamente que el juicio de proporcionalidad del artículo 146 CC "corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del art. 146 ", de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión "entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia”⁸⁵. El contenido de la obligación alimenticia viene establecido legalmente: “Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable”⁸⁶.

Por ello que la obligación de dar alimentos comprende todo aquello que facilite la formación integral del individuo como persona y que va más allá del mero concepto de alimentos⁸⁷.

5.4.2. La pensión compensatoria

En un divorcio cualquiera de los cónyuges puede sufrir un desequilibrio económico que menoscabe su nivel de vida e incluso su subsistencia. Por ello, la legislación prevé que en determinadas circunstancias la parte perjudicada pueda percibir una compensación a través de una pensión que puede ser temporal o indefinida, o una prestación única, bien sea determinada en el convenio regulador o en la sentencia de divorcio, en la que el juez será el responsable de establecer su importe y condiciones⁸⁸.

La doctrina del TS incide en el desequilibrio o desigualdad económica que debe haber entre los cónyuges o excónyuges para que exista el derecho a una pensión compensatoria y que debe darse en el momento de la ruptura; así lo dice en la STS 4821/2009, de 17 de julio, “...cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges, -que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma-, y el empeoramiento del que queda con menos recursos...”⁸⁹ El desequilibrio económico no solo es problemático en el momento de la ruptura, sino que se han dado situaciones de una reclamación mucho tiempo después del cese de la convivencia conyugal, en donde se produce la solicitud de

⁸⁵ STS 50/2014, de 27 de enero [Id Cendoj: 28079110012014100009]

⁸⁶ Art. 142 CC.

⁸⁷ LASARTE, C.: *Derecho de familia. Principios de Derecho civil VI*. Ed. Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales, S. A., Madrid, 2015, p. 371.

⁸⁸ Art. 97 y ss. CC

⁸⁹ STS 4821/2009, de 17 de julio, [Id Cendoj: 28079110012009100531]

divorcio y se procede a solicitar la pensión. La STS 8302/2012, de 17 de diciembre, es clara cuando dice "Se entiende que cada uno de ellos ha dispuesto de medios propios de subsistencia y mal se puede argumentar por quien la solicita que la separación o divorcio es determinante para el de un empobrecimiento en su situación anterior en el matrimonio, situación que en el peor de los casos sería la misma, pero no agravada por la ruptura"⁹⁰.

La LDCCat entiende que los recursos de un matrimonio no solo provienen del trabajo externo, sino que hay que valorar el que se realiza con las labores domésticas dentro de la casa "...La aportación al trabajo doméstico es una forma de contribución a los gastos familiares..."⁹¹. Por lo tanto, en este caso, en el que se supone que no hubo pactos previos y rige el régimen matrimonial de separación de bienes, Leticia tiene derecho a una compensación económica, que debe reclamar en el proceso que causa la extinción del régimen matrimonial, si logra demostrar que su marido, a lo largo del matrimonio, ha incrementado su patrimonio, algo que consideramos fácil de hacer ya que Felipe ganaba 5000 € mensuales, aunque debe ser concretado según establece la LDC Cat⁹², y en el cálculo de su importe se tendrán en cuenta los factores que determina la ley⁹³. En caso de que se atribuya al cónyuge custodio la vivienda familiar se considerará el valor de ese derecho para establecer la cantidad, tanto de la pensión de alimentos como de la compensatoria⁹⁴.

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

6.1. La atribución del uso de la vivienda: generalidades

La vivienda es uno de los bienes más preciados del matrimonio, ya no solo por el coste que requiere su adquisición y la carga sentimental que supone para los que habitan en ella, sino también por la económica que conlleva el traslado a una nueva residencia si no se tiene la capacidad para adquirirla o alquilarla, contando con una anterior que, en muchas ocasiones, requiere desembolsos a largo plazo provocados por una hipoteca.

En primer lugar convendría establecer una diferencia entre vivienda familiar y domicilio conyugal, entendiendo el primero como el domicilio de la unidad familiar en la que entrarían los hijos junto con los cónyuges, y el segundo como el domicilio de los cónyuges, diferenciando ambos, uno como objeto patrimonial y el otro como localización o identificación del matrimonio, siendo más amplio el segundo concepto aunque coincidan los dos. "En los casos de crisis matrimoniales la vivienda o domicilio familiar fijado por los cónyuges sigue existiendo y sobre su uso habrá que decidir aunque ya no se llame domicilio conyugal"⁹⁵. Éste dejará de existir cuando desaparezca la convivencia, pero la vivienda familiar continuará siendo la que se había ocupado

⁹⁰ STS 8302/2012, de 17 de diciembre, [Id Cendoj: 28079110012012100726]

⁹¹ Art. 231-6 LDCCat.

⁹² Art. 232-5, 6 y 11 LDCCat.

⁹³ Art. 232-5. 3º LDCCat. :” Para determinar la cuantía de la compensación económica por razón de trabajo, debe tenerse en cuenta la duración e intensidad de la dedicación, teniendo en cuenta los años de convivencia y, concretamente, en caso de trabajo doméstico, al hecho que haya incluido la crianza de hijos o la atención personal a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges

⁹⁴ Art. 233-7.2 LDCCat.

⁹⁵ https://previa.uclm.es/cu/csociales/pdf/documentostrabajo/05_2008.pdf p. 7-8.

anteriormente por la familia durante su relación matrimonial⁹⁶, y que trasciende de los propios cónyuges, en el sentido de propiedad, aunque sea un bien privativo de uno de ellos⁹⁷.

En el artículo 67 CC se establece la obligación de vivir juntos de ambos cónyuges y en el 70 CC la fijación de común acuerdo del domicilio conyugal. Esto supone que cuando existe una separación uno de los problemas que se plantea es la asignación del domicilio en que vivirá cada uno de ellos, teniendo en cuenta el hecho fundamental de la existencia de hijos comunes (adoptivos o no) y, sobre todo, la máxima que prima para estas situaciones: el interés superior del menor, por lo que si no existe acuerdo entre los cónyuges que ostentan la patria potestad será el juez el encargado de fijarlo⁹⁸.

En todo caso, concurren tres líneas doctrinales sobre la definición de la vivienda familiar. Una de ellas considera como tal no solo la primera residencia, sino cualquier otra que conste a disposición de la familia; para una segunda, más estricta, lo sería únicamente la primera vivienda y, una tercera que solamente califica como tal la que mejor satisfaga las necesidades de los hijos. Felipe y Leticia se casaron bajo el régimen civil de Cataluña, cuyo Código dispone que el juez podrá incluso atribuir el uso de otra vivienda, que no sea la familiar, si así satisface mejor las necesidades del cónyuge custodio y de los hijos⁹⁹. Por lo tanto, la definición y uso de la vivienda familiar arrastra distintos posicionamientos doctrinales que la misma jurisprudencia hace suyos al primar la situación del caso concreto.

6.2. Atribución del derecho de uso de la vivienda familiar

La atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar está considerada como una cuestión de orden público que obliga al juez a pronunciarse y resolver, con independencia de quién sea el titular del inmueble, en beneficio del interés superior de la familia, siendo común la atribución a los hijos del derecho a gozar de la vivienda familiar. No se debe olvidar que, si no perjudica el interés del menor, son los cónyuges los que deciden sobre el uso de la vivienda familiar¹⁰⁰, coincidiendo en esto el derecho civil catalán¹⁰¹, independientemente de quien ostente la titularidad, primando los intereses particulares de aquél a los de los cónyuges¹⁰².

Es destacable también, y aunque la situación no la refleja el caso, pero podría considerarse, que la mujer, ante la situación de maltrato abandonase el domicilio conyugal con su hijo, en cuyo caso según la SAP Vizcaya, de 17 de febrero de 2015, este abandono no altera el carácter de tal vivienda, ni su uso y disfrute, ya que se estaría conculcando el interés superior del menor, que sería prioritario en este tipo de procedimientos¹⁰³.

En el derecho civil catalán, si los cónyuges no han dispuesto otra cosa, el régimen que seguirá el matrimonio será el de separación de bienes, por lo que existe una separación

⁹⁶ GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, REUS, S. A., Madrid, 2013, p. 12

⁹⁷ https://previa.uclm.es/cu/csociales/pdf/documentostrabajo/05_2008.pdf p. 13

⁹⁸ GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, *op. cit.*, p. 15

⁹⁹ GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, *op. cit.*, p. 16-21 y art.233-20.6 LCCCat.

¹⁰⁰ Art. 1 Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, (BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005).

¹⁰¹ STSJ Cataluña, de 18 de enero de 2010, [®/2010/1297]

¹⁰² https://previa.uclm.es/cu/csociales/pdf/documentostrabajo/05_2008.pdf p. 12.

¹⁰³ SAP BI 13/2015 [Id Cendoj: 48020370042015100011]

patrimonial entre ellos. Realmente, no influye en la adjudicación del uso de la vivienda cual de los dos cónyuges sea el propietario, pues se considera un patrimonio al servicio de la familia y cuyo derecho de uso, en caso de divorcio, sirve para primar el interés superior de los hijos (mayoritariamente menores). El CCCat coincide con el CC en cuanto a que también dispone que, en caso de desacuerdo entre los cónyuges, el juez atribuya preferentemente el uso de la vivienda familiar al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure ésta, estableciendo también el concepto de temporalidad, y va más allá en el sentido de primar también al cónyuge más necesitado atribuyéndole el derecho de uso de la vivienda ya cumplida la mayoría de edad del hijo menor¹⁰⁴.

La propiedad de la vivienda plantea la cuestión de en qué clase de derecho real o personal se incluiría el uso (intransmisible), estando la doctrina dividida, ya que en el primer supuesto sería inscribible en el Registro de la Propiedad y, por lo tanto, oponible “*erga omnes*” y, en el otro, frente a terceros, aunque el Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (en adelante LH), en sus artículos 2.2 y 7¹⁰⁵, permite también la inscripción si se modifican algunas de las facultades del dominio. Existe otra postura, refrendada actualmente por el TS y compartida por la DGRN que considera que la atribución de la vivienda al miembro no titular es, simplemente, una limitación a su facultad de disposición, sin naturaleza real sino familiar y asignado al interés digno de protección, inicialmente a los hijos¹⁰⁶. No obstante, su atribución automática al cónyuge que obtenga la custodia (art. 96 CC) ha generado infinidad de problemas para conseguir acuerdos entre los miembros de la pareja. El artículo 142 CC encadena la pregunta anterior con ésta, ya que establece que se incluye entre los alimentos lo indispensable para “...la habitación...”¹⁰⁷ y, por lo tanto, es también un criterio más para valorar el contenido de la pensión. La lucha por la asignación inicial de la custodia a uno de los cónyuges tiene en muchos casos como trasfondo la consecución del uso de la vivienda familiar (ya que posteriormente se transforman en situaciones de hecho de custodia compartida), sosteniendo la doctrina mayoritaria que “la titularidad sobre el uso recae en el cónyuge que resulta beneficiado con la atribución del uso, aunque cosa distinta es que este derecho lo es *per relationem* al progenitor que ostenta la guarda y custodia en exclusiva, o a ambos, si es compartida”¹⁰⁸. Por ello, existe gran cantidad de procesos de modificación de medidas para cambiar la atribución inicial de la vivienda familiar¹⁰⁹.

Por lo tanto, en el caso de disolución del matrimonio se pueden dar dos situaciones: que la custodia se otorgue a uno de los cónyuges o sea compartida por ambos. Será el juez, en caso de desacuerdo, el que decida a quién asigna la guarda y custodia de los hijos

¹⁰⁴ Art. 233-20 LDCCat.

¹⁰⁵ «BOE» núm. 58, de 27 de febrero de 1946, modificado por Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, (BOE núm. 151, de 25 de junio de 2015).

¹⁰⁶ GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, op. cit., pp. 81-82.

¹⁰⁷ Art. 142 CC. “*Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.*”

¹⁰⁸ GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, op. cit., p. 83.

¹⁰⁹ Entre otras las STS 593/2014 de TS, de 24 de Octubre de 2014, STS 2220/2015, de 29 de mayo, STS 5468/2013, de 11 de noviembre [Id Cendoj: 28079110012013100644]¹⁰⁹ STS 2220/2015, de 29 de mayo [Id Cendoj: 28079110012015100288]

menores de edad y el uso de la vivienda familiar¹¹⁰, suscitando algunas veces situaciones, cuanto menos curiosas, de atribución de la vivienda al progenitor custodio no titular, con independencia de que tuviese otro inmueble que pudiese haber satisfecho sus necesidades y las de sus hijos. Esta aplicación automática del artículo 96.1 CC ha generado últimamente una posición crítica que se postula hacia una necesaria modificación de la rigidez de este precepto, ya que no siempre el interés más necesitado de protección es el de los hijos¹¹¹. Una reciente sentencia de Audiencia Provincial de Zaragoza dice que la atribución de la vivienda no debe ser automática, sino que se tendrán en cuenta las dificultades de acceso a ella del otro cónyuge "En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares"¹¹². Por su parte, la LCCCat atribuye el derecho de uso en caso de desacuerdo, con un criterio flexible, al progenitor a quien corresponda la guarda y custodia de los hijos comunes menores con una excepción, si concurre un interés de uno de los cónyuges, aunque no le haya adjudicado aquella, podrá serle concedida la vivienda familiar si el otro tiene suficientes recursos para cubrir sus necesidades y las de sus hijos¹¹³. Por lo tanto, el derecho civil catalán considera dos intereses, el de los hijos u otro distinto también digno de protección, pero sujeto a las condiciones de extinción reflejadas en la normativa legal¹¹⁴.

Otra forma de tener la guarda y custodia de los hijos es la llamada custodia compartida¹¹⁵, tendencia actual que debe tener sus reservas, y así se pone de manifiesto en el artículo 92 CC¹¹⁶, ya que aunque en el punto quinto se dispone que si los padres lo piden, o durante el procedimiento, el Juez puede acceder a la petición de ambos en el acuerdo regulador, en el apartado seis establece determinadas cautelas, como son una solicitud de informe al Ministerio Fiscal, escuchar a los menores si los considera capaces de expresar una opinión coherente e incluso recabar información de las relaciones entre los padres y de éstos con los menores. En cambio la LCCCat, relativa a la persona y la familia establece como regla de aplicación general la guarda y custodia compartida.

Además, en este caso habría que considerar el apartado séptimo en el que se ponen trabas a este sistema de custodia compartida si alguno de los padres está inmerso en un proceso penal como consecuencia de haber atentado "... contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica." Situación que no se puede descartar en este caso, ya que el

¹¹⁰ Art. 96.1 CC

¹¹¹ GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, op. cit., p. 110- 119.

¹¹² "En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares". SAP Z 812/2017, de 3 de mayo, [Id Cendoj: 50297370022017100193]

¹¹³ Art. 233-20.2 y 4

¹¹⁴ Art. 233-24

¹¹⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R.: *Manual de Derecho civil. Derecho privado y derecho de la persona*, 5ª ed., BERCAL, Madrid, 2011

¹¹⁶ Reformado por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005).

comportamiento de Felipe, como veremos en el apartado siguiente, puede ser constitutiva de delito, aunque no se plantea en el enunciado del caso si Leticia lo denunció. La Ley 27/2003 reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, que modificó la Ley de Enjuiciamiento criminal (LECri), introdujo en ésta la posibilidad de adoptar medidas de naturaleza civil¹¹⁷, incluidas las relativas a la atribución provisional del uso de la vivienda familiar, con una duración de treinta días, ampliable por otro plazo igual una vez presentada la demanda del proceso matrimonial, como “víctima y parte más necesitada de protección”¹¹⁸.

Inciendo en la custodia compartida es reseñable decir que existen también muchos detractores, ya que es un sistema que incrementaría los gastos de los cónyuges, que tendrían que disponer de una vivienda cada uno, además de la común, en que vivirían temporalmente con el menor con el consiguiente trastorno complementario del traslado regular, régimen que iría en contra de lo establecido en el artículo 96.1 CC, que es taxativo en cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar.

6.3. Extinción del derecho de uso

Según el Derecho civil catalán, los cónyuges están legitimados para establecer las condiciones que quieren que rijan su convivencia y, entre ellas, se encuentra el derecho de uso de la vivienda familiar y, por lo tanto, también su extinción por las causas que legalmente se establezcan. Una vez extinguido, si fuese el caso, el titular del inmueble recupera su posesión y cancela la inscripción registral del derecho de uso¹¹⁹.

El TS se mantiene partidario de una atribución temporal de aquél, supeditado en la mayoría de los casos a que el menor de los hijos alcance la mayoría de edad o varíen las condiciones iniciales de atribución, siempre y cuando no existan otros condicionantes que aconsejen mantenerlo por más tiempo. De establecerse una duración indefinida se conculcarían los derechos de propiedad de la otra parte, aunque ello no obsta para que exista una duración máxima¹²⁰. La asignación temporal de la vivienda a uno de los cónyuges (con hijos menores) será posible, según diversas sentencias de Audiencias Provinciales, si el Juez entiende que el custodio puede rehacer su vida y conseguir trabajo por su cualificación y cuando el menor llegue a la mayoría de edad.

Así, en la STS 5468/2013, de 11 de noviembre, se habla ya de igualdad ante ese derecho entre los cónyuges cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad, apareciendo una nueva situación que no tiene en cuenta la atribución automática del uso de la vivienda que refleja el artículo 96 CC, por lo que cabe plantearse un nuevo régimen, distinto al de la asignación inicial¹²¹. Doctrina reiterada en la STS 2220/2015, de 29 de mayo, "la

¹¹⁷ Art. 544ter.7 “Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas”. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (BOE núm. 260, de 17/09/1882).

¹¹⁸ GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, op. cit., p.162.

¹¹⁹ Art. 233-24 LCCCat.

¹²⁰ GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, op. cit., pp.100-104.

¹²¹ STS 5468/2013, de 11 de noviembre [Id Cendoj: 28079110012013100644]

atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del artículo 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge custodio, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección¹²², circunstancia que debería establecerse en el presente caso si no se justifica una verdadera necesidad por parte del no propietario que la estaba disfrutando, ya que en tal supuesto parecería una expropiación de la vivienda. En este caso, aunque Leticia comenzó a espaldas de su marido a trabajar otra vez en su blog, no se puede entender que pueda alcanzar unos ingresos, por lo menos a corto plazo, que le permitan sostenerse a ella y a su hijos Antonio y Lucía en las condiciones y estatus que tenían durante su convivencia con Felipe, el cual obtenía con su trabajo unos elevados ingresos (5.000€ mensuales). Por lo tanto, la atribución de la vivienda a Leticia mientras Antonio y Lucía sean menores de edad está de acuerdo con la jurisprudencia actual, en la línea de que prime el interés superior del menor antes que el de la propiedad de los bienes¹²³.

La diferencia de ingresos justifica de forma preferente y mayoritaria el uso de la vivienda familiar a la madre y a los hijos menores de edad (recordemos que la filiación por adopción otorga los mismos derechos), pero es una situación que puede variar en el tiempo atendiendo al cambio de circunstancias que pueda experimentar la vida y situación personal y económica de los cónyuges. Así la STS 593/2014, de 24 de octubre de 2014, establece una limitación temporal para que permita a la esposa rehacer su situación, puesto que si bien Leticia carece en estos momentos de ingresos regulares, cuenta con un blog que le aporta rentas y puede revertir, por su edad, la situación económica en la que se encuentra tras la ruptura personal definitiva con su esposo, y le permita, “como consecuencia, acceder a una vivienda digna para atender a las necesidades del hijo durante los periodos de efectiva guarda, siempre con la relatividad que, en ese mismo interés del menor, tienen éstas y las demás medidas que puedan afectarle teniendo en cuenta que la guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores, y que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad de cambio de las decisiones judiciales cuando se han alterado las circunstancias, por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas”¹²⁴.

Así en procesos de modificación de medidas el TS ha cambiado el criterio de la asignación de la vivienda, desde considerarla de uso temporal hasta llegar a la liquidación del bien. Situaciones que aparecen reflejadas, si se plantea el caso como custodia compartida, en su sentencia STS 4084/2014, de 22 de octubre, FJ 3º donde recuerda el término “especial protección”, a la madre, y, no siendo ya necesaria porque tiene una buena situación económica y trabajo, establece su liquidación “...la vivienda que fue familiar queda sin adscripción expresa dado que ambos padres tienen la custodia y no consta que la madre necesite una especial protección, así que quedará sometido el inmueble al correspondiente proceso de liquidación...”¹²⁵.

¹²² STS 2220/2015, de 29 de mayo [Id Cendoj: 28079110012015100288]

¹²³ 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, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 24-26.

¹²⁴ STS 4249/2014, de 24 de octubre, [Id Cendoj: 28079110012014100540]

¹²⁵ STS 4084/2014, de 22 de octubre, [Id Cendoj: 28079110012014100512]

6.4. La donación en el Código civil y en el Derecho foral de Galicia

María, madre de Felipe decide regalarle la vivienda de Lugo con motivo de la boda. Podría tratarse entonces de una donación, que es una de las formas de adquirir la propiedad, según se establece en el párrafo segundo del artículo 609 CC que dice “[...] la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación,...” si se realiza con los requisitos establecidos en las leyes. Es importante matizar que la donación previa al matrimonio quedará sin efecto si no se materializa éste dentro del plazo de un año (art. 179 LDCG), por lo que los trámites que nos dicen que va a realizar María deberá finalizarlos en dicho plazo.

La donación en el régimen común viene regulada en el Título II capítulo I y siguientes del CC. Así en el artículo 618 dice “la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta”. Hay que tener en cuenta que en este caso se trata de una donación que producirá sus efectos entre vivos, por lo que, además de lo establecido en este Título, se va a regular por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones.

Se deduce que la donación fue aceptada y, según el artículo 633 del CC “Para que sea válida la donación de cosa inmueble, ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario. La aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante.

Hecha en escritura separada, deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante, y se anotará esta diligencia en ambas escrituras.” Se entiende María hará los trámites legales que sean necesarios y que se reflejan en el artículo anterior.

Tampoco el enunciado nos dice cuál es el porcentaje de propiedad que tiene María sobre el piso que quiere donar a su hijo, ya que Felipe también podría ser propietario por herencia de su padre. Cabría plantearse entonces si la madre de Felipe tiene la disponibilidad total del bien, ya que al ser viuda y, dependiendo del régimen matrimonial que tuviese con su marido fallecido, tendría limitada su capacidad de disposición del inmueble.

Si estaban casados en régimen de gananciales, Felipe tiene derecho a una parte de la propiedad como heredero de su padre aunque su madre tenga el usufructo. Si el régimen era de separación de bienes y el piso era privativo del padre, Felipe heredaría toda la propiedad y entonces María no tendría que donarlo. En cambio, si ésta era la propietaria privativa, sí estaríamos ante una donación “*inter vivos*” a su hijo Felipe que, suponemos es el planteamiento del enunciado. Es necesario tener en cuenta que la normativa gallega permite la donación de bienes futuros¹²⁶ al contrario de lo que dispone el artículo 635 CC, el cuál dice que no se podrán donar bienes futuros, entendiendo por éstos los que el donante no puede disponer al tiempo de la donación.

María, la madre, está empadronada en Galicia y se le supone vecindad civil gallega y el inmueble está situado en Lugo, por lo que cabría aplicar la LDCG¹²⁷, la cual en su artículo 175 establece que las donaciones podrán hacerse a uno de los contrayentes antes y después de la celebración (en este caso una semana antes y a Felipe) según el

¹²⁶ Art. 176 LDCG

¹²⁷ DOG núm. 124, de 29/06/2006, BOE núm. 191, de 11/08/2006.

cual “Son donaciones por razón de matrimonio las que por causa de éste cualquier persona haga en favor de alguno de los contrayentes, o de ambos, antes o después de la celebración”. También en el artículo siguiente se dispone la adquisición inmediata de lo donado, si bien en el caso de bienes inmuebles requiere de ciertas formalidades, entre otras, la plasmación en escritura pública de la misma forma que lo reflejado en el CC. En lo no reflejado en esta ley serán de aplicación las normas del Código civil.

A lo largo del enunciado del caso se plantea que existió condición para llevar a cabo la donación a Felipe del piso de Lugo por parte de su madre, entendiéndose que aquella era la realización de cuidados en caso de incapacidad. Por lo tanto, estaríamos ante un supuesto de donación condicional que, de no cumplirse, podría ser revocada por el donante según se establece en la LDCG y supletoriamente en el CC¹²⁸. La negativa de Leticia a colaborar con su marido en el cuidado de su suegra María, incapacitada tras el accidente en las escaleras, puede conllevar la revocación de la donación.

6.5. Aplicación al caso

La LDCCat establece que son bienes privativos los adquiridos por donación (art. 232-32 b) y ya se habla de la disposición de la vivienda familiar con independencia de quién sea su propietario¹²⁹. Así su artículo 231-9 dice:

“Con independencia del régimen económico matrimonial aplicable, el cónyuge titular, sin el consentimiento del otro, no puede hacer acto alguno de enajenación, gravamen o, en general, disposición de su derecho sobre la vivienda familiar o sobre los muebles de uso ordinario que comprometa su uso, aunque se refiera a cuotas indivisas. Este consentimiento no puede excluirse por pacto ni otorgar con carácter general. Si falta el consentimiento, la autoridad judicial puede autorizar el acto, teniendo en cuenta el interés de la familia, así como si se da otra justa causa.” Por lo tanto, aunque el inmueble fuese adquirido por donación, su titular no tiene la total disposición sin el consentimiento del otro.

En el presente caso, por las circunstancias que se relatan, entendemos que el divorcio no fue de mutuo acuerdo y que no ha existido un acuerdo regulador consensuado, y tendrá que ser el Juez el responsable de adoptar las medidas que considere oportunas aunque puedan ser modificadas posteriormente. Además, habría que definir a quien corresponde la guarda y custodia de los hijos, si bien en este caso se entiende que la opción de guarda y custodia compartida está excluida en función del artículo 92.7 CC que cita dos supuestos que impiden esa posibilidad: violencia doméstica o cuando uno de los cónyuges esté incurso en un proceso penal por atentar contra la vida o integridad del otro cónyuge.

El artículo 96 CC establece claramente a quien debe atribuirse el uso de la vivienda cuando no existe un acuerdo “En defecto 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

¹²⁸ Art.180 CC: “Las donaciones por razón de matrimonio sólo podrán ser revocadas por las causas siguientes:

1.^a Por incumplimiento de alguna de las cargas impuestas, siempre que el donante se reserve expresamente la facultad de revocarlas.

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 Código civil.

¹²⁹ DOGC núm. 5686 de 05 de Agosto de 2010 y BOE núm. 203 de 21 de Agosto de 2010

a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.” Pero también es necesario tener en cuenta la normativa de las Comunidades Autónomas que, en la mayoría de ellas, se contempla esta situación. En relación con el artículo antes citado, no se establece ninguna limitación al uso de la vivienda, pero debe considerarse que el motivo fundamental de aquella atribución es el interés superior del menor, que tiene que ser defendido en las circunstancias adversas que puede generar, como efectivamente hace, una crisis matrimonial de los padres, sin importar cuál sea el propietario del inmueble. Así viene reflejado en la STS 1889/2016, de 3 de mayo, en su FJ 1º “...El hecho de que en medidas provisionales se atribuyese el uso al cónyuge no custodio no imposibilita que pueda cambiarse tal criterio en las medidas definitivas acordadas en sentencia y el hecho de que en separación de bienes (liquidación ganancial) se atribuyese a aquel la propiedad del inmueble no afecta a la concesión del uso temporal del mismo durante el tiempo legalmente procedente y como mínimo, durante la minoría de edad de la hija”¹³⁰.

El mismo artículo 96, en su apartado cuarto, establece limitaciones a la disposición de la vivienda cuando el uso le corresponde al cónyuge no titular, requiriendo para cualquier acto de disposición el consentimiento de ambas partes o autorización judicial.

También se debe tener en cuenta para la atribución del uso de la vivienda familiar la situación económica de ambos cónyuges. La situación en la que queda uno de ellos quien durante el matrimonio no trabajaba y carecía de ingresos, puede considerarse precaria. En tal caso, debería considerarse no solo el interés del menor, que sería prioritario, sino también el de su progenitor custodio, cuya situación de precariedad podría ir en detrimento de aquél. Por lo tanto, sería deseable sumar ambos intereses para reforzar la asignación del uso de la vivienda. Así, la STS 1093/2015, de 25 de marzo, valora quien es el titular del interés más urgentemente necesitado de protección para asignar el uso de la vivienda familiar.¹³¹

6.6. Valoración del la situación de precario y comodato

En el enunciado del texto se relata que María, madre de Felipe, les quiere regalar un piso en Lugo. En primer lugar, se dice que acuerdan que Felipe sea el propietario y ella la que se encargue de los trámites legales. Mientras la situación legal de propiedad no cambie, Felipe y Leticia cuando se trasladan a vivir al Lugo podrían estar utilizando en precario o en comodato el inmueble de María. El Derecho catalán dispone que si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución.

Llegados a este punto hay que establecer la diferencia entre el contrato de comodato y el precario. Estaremos ante una vivienda cedida en precario cuando el dueño la cede a otra persona sin ninguna contraprestación económica, y sin especificar ni su uso ni el tiempo de permanencia en el inmueble. En cambio, la figura del comodato sí establece un uso o duración determinada sin contrapartida económica y, por lo tanto, se estipula una fecha de devolución, estando regulada esta figura en los artículos 1740 y ss. CC. En este caso, se estaría más bien ante un comodato que a un precario, ya que la vivienda se cede para uso de vivienda familiar ante la proximidad de la boda. Así, en la STS 386/2012, de 11 de junio, FJ 3º se define ambos conceptos de la siguiente forma “Respecto de la alegación de comodato y no precario, debe considerarse consolidado el

¹³⁰ STS 1889/2016, de 3 de mayo [Id Cendoj: 28079110012016100275]

¹³¹ STS 1093/2015, de 25 de marzo [Id Cendoj: 28079110012015100147]

criterio doctrinal que establece que cuando en la relación jurídica existente entre las partes por causa de una vivienda cedida gratuitamente, se fije un plazo, aquella debe calificarse como comodato, al igual que cuando se establece un uso o finalidad concretos para tal cesión. Si no existe esa fijación de plazo o de uso, la relación jurídica es de precario”. En el caso del comodato, podría entenderse que existe esta figura, si se toma como referencia del tiempo determinado de uso el que dure el matrimonio y, por lo tanto, el inmueble se considere la vivienda familiar.

Existe, no obstante, jurisprudencia contradictoria en cuanto a decidir si un contrato es de comodato o se está en precario. En esta misma sentencia del TS se hace referencia a la SAP A Coruña que establece el precario porque el inmueble ya estaba destinado a vivienda familiar, pero ese "destino" o "finalidad" es el genérico, por lo que no puede deducirse de ello que se pactase un uso cuyo ejercicio implicase una duración determinada.

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

7.1. Violencia de género y violencia doméstica: generalidades

Antes de la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, de 28 de diciembre, (en adelante LOMPIVG) los delitos que tenían como sujeto pasivo a la mujer eran tratados como cualquier otro de naturaleza violenta¹³². Lógicamente, este contexto legal no reflejaba exactamente la situación de maltrato que vivían las mujeres a causa de la violencia de los hombres, visibilizada a través de los medios de información, que sacaba del ámbito privado a la calle la avalancha de casos que suponían, en parte, la muerte de la mujer, creando una gran alarma social que influyó en la adopción por parte de las autoridades de medidas legislativas concretas.

De todas formas, existe cierta confusión entre los conceptos de violencia doméstica y violencia de género. Incluso se puede apreciar en la LOMPIVG, cuando dice que “...en los últimos años se han producido en el derecho español avances legislativos en materia de lucha contra la violencia de género, tales como la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros; la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, o la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica; además de las leyes aprobadas por diversas Comunidades Autónomas, dentro de su ámbito competencial. Todas ellas han incidido en distintos ámbitos civiles, penales, sociales o educativos a través de sus respectivas normativas.”¹³³

La respuesta a ambos delitos, considerados como fenómenos diferentes, requiere censuras penales autónomas para evitar la confusión y, por lo tanto, que la sociedad sea capaz de visualizar en su justa extensión “la manifestación más extrema de una discriminación estructural que las mujeres vienen padeciendo desde tiempos remotos”¹³⁴.

¹³² BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004. Modificación publicada el 23/07/2015.

¹³³ Exposición de motivos Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, de 28 de diciembre.

¹³⁴ LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal”, *op. cit.*, p. 4.

El contexto penal a raíz de todas estas circunstancias se vio modificado para incluir un nuevo concepto que se conoce como perspectiva de género e introducirlo en el contenido de algunos artículos, contemplado por algunos sectores desde una perspectiva de desigualdad que conculca, según ellos, el derecho fundamental a la igualdad entre hombres y mujeres¹³⁵, y el principio de proporcionalidad, al ser castigadas determinadas conductas poco peligrosas para la integridad física con penas de privación de libertad¹³⁶. Existen pronunciamientos del TC en este sentido, desestimando cuestiones de inconstitucionalidad de ambos principios. En cuanto al de proporcionalidad, el alto tribunal resuelve que los “importantes bienes e intereses protegidos por el precepto legal cuestionado, y a pesar de la indudable severidad sancionadora que puede suponer cuando se imponga la pena de prisión, no permiten apreciar en este caso un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre el desvalor de la conducta y la sanción, que conduzca a afirmar la infracción constitucional que asevera el órgano judicial”¹³⁷. También lo hace sobre el principio de igualdad al decir que “El mayor desvalor de la conducta encuentra una razón justificativa en la mayor necesidad objetiva de protección de las mujeres en relación con determinadas conductas delictivas, dadas las altísimas cifras de criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja”¹³⁸.

De esta forma, “la jurisprudencia ha ido consolidando una doctrina que definitivamente sitúa el motivo de la tutela penal reforzada en la necesidad de proteger la dignidad de las personas que forman parte del núcleo de la vida doméstica u otras situaciones asimiladas y, sobre todo de dar protección a la familia”¹³⁹.

Aunque el Derecho penal no es el instrumento idóneo para solucionar conflictos familiares, sea cual sea la forma de la familia, las relaciones jurídicas que se crean en su seno sí deben ser protegidas por el Estado. Las personas adoptan una u otra forma de familia o de relacionarse según sus convicciones e intereses, que deben ser respetados y salvaguardados por las instituciones públicas ante los ataques que puedan sufrir a su libertad. Las situaciones que se van a analizar en este punto para establecer si son delictivas son:

7.2. Situación A: Los mensajes de texto mediante el teléfono móvil a través de la aplicación de mensajería instantánea del whatsapp.

El teléfono móvil y sus aplicaciones ha modificado la vida y las costumbres de los ciudadanos, y también ha supuesto la aparición de nuevos delitos relacionados con su uso. Pero no todas las acciones que se realizan con ellos son merecedoras de castigo. Si acaso, requieren de las instituciones nuevas formas de regulación que enseñen a una utilización razonable y respetuosa con los derechos de los demás, ya que si todo lo que moleste a algunos se considerase delito el CP sería interminable.

La situación que se plantea en primer lugar es en la que Felipe, según el texto, está pendiente constantemente de Leticia enviándole mensajes a través del whatsapp. Para ello, partiremos de valorar determinados delitos reflejados en el CP y que pudiera

¹³⁵Art. 14 CE “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

¹³⁶ Art. 153 CC.

¹³⁷ ATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 5[ECLI:ES:TC:2004:233A]

¹³⁸ STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 9 (BOE núm. 135 de 04 de junio de 2008)

¹³⁹ LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*”, *op. cit.*, p. 2

considerarse que se cometen en este acto. Comenzaremos descartando el delito de coacciones tipificado en el artículo 172.1 CP que dice “El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto...”. El tipo básico de coacciones debe realizarse mediante violencia, entendida ésta de forma doctrinal y jurisprudencial no solo la física sino también la intimidación o “vis compulsiva”¹⁴⁰. En el punto dos de dicho artículo se refiere a un hecho acaecido en el ámbito familiar que podría ser una agravación del tipo¹⁴¹. En este caso, Leticia no es obligada a hacer nada contra su voluntad, ni se restringe su libertad, sino simplemente recibe a través de su teléfono mensajes de su marido que no tienen porque entenderse constitutivos de un delito de coacciones, sino de una preocupación, si acaso excesiva, pero no punible, hacia su mujer.

En cuanto al acoso, la conducta típica es la comunicación insistente y reiterada que perjudique gravemente su actividad cotidiana mediante la vigilancia o estableciendo contacto con ella por cualquier medio de comunicación¹⁴², pero sin entidad para ser constitutiva del tipo recogido en este artículo. Esta conducta, que se denomina stalking, pretende englobar aquellos supuestos que, como se mencionó con anterioridad, no constituyen delito de acoso o amenazas, pero influyen de manera notable en la libertad de las personas. Aunque en el texto del artículo aparecen los conceptos de “insistente y reiterada” no se puede entender que sea para vigilarla, perseguirla o buscar la cercanía física, dado que viven juntos como matrimonio.

Por lo tanto, se considera que esta conducta no constituye infracción penal alguna como tampoco lo son las continuas discusiones de la pareja que también se describen en el enunciado del texto, y que pueden encuadrarse en las relaciones normales de una pareja en el desarrollo de su vida diaria.

7.3. Situación B: Felipe hace determinados comentarios durante la cena de Navidad.

Si bien las injurias y vejaciones leves han sido despenalizadas con la entrada en vigor de la modificación del Código penal, sí que podrían considerarse las palabras proferidas por Felipe hacia Leticia, “es lo menos que puedes hacer si yo soy el que trabajo,” como vejaciones leves y, por lo tanto, ser sancionadas al existir una relación de parentesco entre víctima y agresor, ya que se trata de la esposa¹⁴³. Existe controversia en cuanto a qué expresiones se pueden considerar vejaciones. Sirva como ejemplo la SAP Madrid,

¹⁴⁰ Vid. SSTS 1367/2002; 843/2005 [Id Cendoj: 28079120012005100835].

¹⁴¹ Art. 172.2 “ El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia...”

¹⁴² Art. 172ter: “ alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

1.ª La vigile, la persiga o busque su cercanía física.

2.ª Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas”.

¹⁴³ Art. 173.4 Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal (en vigor desde el 1 de julio de 2015): “*Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, esta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84.*

Las injurias solamente serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.”

de 24 de marzo de 2014, para establecer una referencia de las que actualmente pueden incluirse en el tipo¹⁴⁴.

La pena prevista sería de localización permanente (arresto domiciliario) o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses.

Consideramos que no existe el delito de vejaciones leves ya que la expresión utilizada por Felipe no tiene la gravedad que se refleja en la SAP Madrid nombrada en el párrafo anterior.

7.4. Situación C: La situación en la que Felipe le propina un empujón a Leticia y le dice que es libre de irse, pero que si lo hace no volverá a ver a sus hijos¹⁴⁵.

Entraría en un supuesto del artículo 153.1 que dispone:” El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor,...”. En este caso también incurriría en un delito de amenazas que, entendemos, quedaría absorbido en el precepto anterior.

El artículo 147.2 CP a que hace referencia el artículo 153.1 del mismo texto legal establece que las lesiones no deben de llevar aparejado tratamiento médico o quirúrgico y, el 147.3 también se menciona al referirse al maltrato de obra sin causar lesión se podrían considerar la base de hecho agravado por la condición de esposa de la víctima.

Esta norma fue creada para proteger a los miembros más débiles de la familia frente a las agresiones de los más fuertes, entiéndase como la protección de la dignidad humana a la que toda persona es acreedora. En este caso no se aplicaría la agravante de parentesco, incluida en el propio artículo 153 CP, ni consideramos que hubo lesiones, a pesar de que Leticia fue al médico y éste le recetó analgésicos, si entendemos como tales lo dispuesto en la STS 3783/1998, de 9 de junio, donde se establece como presupuesto para que exista una lesión corporal que ésta tenga consecuencias sobre la integridad corporal, la salud física o psíquica, aunque no sea permanente, aparte del correspondiente tratamiento médico o quirúrgico¹⁴⁶. No debe confundirse asistencia facultativa, que es aquella atención o cuidados que prestan los profesionales de la sanidad a quien los necesita, con el tratamiento médico que es una acción prolongada en el tiempo hasta la curación total, o el quirúrgico que ya englobaría acciones reparadoras para corregir una alteración funcional u orgánica, además de ser de una necesidad objetiva, en el sentido de que no es el médico quien, de manera arbitraria, decide el tratamiento a seguir o, incluso el mismo paciente¹⁴⁷.

El artículo 153 CP tiene su origen en la LOMPICVG para luchar contra el maltrato y la discriminación de las mujeres frente a los hombres, haciendo hincapié en las que son o hayan sido cónyuges del presunto maltratador¹⁴⁸. No obstante, su aplicación genera cierta controversia ya que existen sentencias de Audiencias Provinciales que limitan su empleo a aquellos casos en que conste una efectiva situación de discriminación,

¹⁴⁴ SAP Madrid 3888/2014, de 24 de marzo, [Id Cendoj: 28079370262014100198]

¹⁴⁵ SAP Madrid 965/2015, de 15 de diciembre, FJ 1º [Id. Cendoj: 28079370302015100906] Sentencia dictada previa denuncia de la víctima.

¹⁴⁶ STS 3783/1998, de 9 de junio, FJ 2º [Id Cendoj: 28079120011998103014]

¹⁴⁷ STS 993/2014, de 6 de marzo, FJ 2º [Id Cendoj: 28079120012014100187]; STS 3031/2000, de 11 de abril, FJ 3º [Id Cendoj: 28079120012000103452]; STS 1763/2009, de 14 de noviembre, []

¹⁴⁸ STS 7482/2009, de 24 de noviembre, FJ 3º [Id Cendoj: 28079120012009101180]

desigualdad o dominación del hombre hacia la mujer y, por lo tanto, se excluye su aplicación en contextos que no reflejen esas realidades, entendiendo, en caso contrario, que deben ir por la vía de la legalidad ordinaria¹⁴⁹.

Esta posición es mantenida también en la STS 7482/2009, de 24 de noviembre, "...la aplicación del art. 153 requiere no sólo la existencia de una lesión leve a la mujer por parte del compañero masculino, sino también que esta acción se produzca en el seno de una relación de sumisión, dominación y sometimiento a la mujer por parte del hombre, esto es, de una discriminación de todo punto inadmisibles...". Por lo tanto, no toda agresión entre cónyuges debe incluirse en el precepto que estamos tratando, sino solo aquella en la que se demuestre que los hechos acaecidos son constitutivos de desigualdad o discriminación por el hecho de ser mujer, considerando que este tipo de violencia tiene un mayor desvalor en cuanto que afecta a la igualdad, libertad y dignidad de las personas. Razonamiento que se había establecido también en la STC 45/2009, de 24 de julio, donde insiste en que es consecuencia de una pauta cultural generadora de una violencia mayor de la que se expresa con el propio acto¹⁵⁰.

En el presente caso, no sería aplicable la doctrina reflejada en el párrafo anterior, ya que Leticia es dependiente de su marido, tanto personal como económicamente y, por lo tanto, se debe encuadrar en los presupuestos del artículo 153.1, ya que la conducta de Felipe es constitutiva del delito tipificado en éste una vez comprobados los hechos.

Es reseñable también en el aspecto procesal una reciente sentencia del TC en cuanto al juzgado competente para enjuiciar los hechos que, en cierta forma, podría considerarse que atenta contra el honor del que ha sido declarado no culpable de tales hechos, ya que una vez iniciado el proceso en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, aunque se desestime la denuncia por violencia de género, el proceso debe continuar residenciado en aquel Juzgado.

7.5. Situación D: Felipe, "con unas copas de más", agrede a Leticia propinándole varios golpes que la tiran al suelo, a consecuencia de lo cual tiene un esguince y dolores cervicales, que desembocan en un vendaje, analgésicos y collarín.

En este caso, consideramos que puede ser constitutivo de un delito tipificado en el artículo 148.4 CP que, sobre el tipo básico del art. 147.1 CP que castiga al "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", recoge una serie de tipos agravados en función de la modalidad de la comisión y las características personales de la víctima, teniendo siempre en cuenta que son de aplicación potestativa por los tribunales en consideración a su gravedad, según el daño causado o el riesgo producido¹⁵¹. La situación de Leticia como esposa de Felipe hace necesario incluir este supuesto en el apartado cuarto de este artículo¹⁵².

Es reseñable que en la nueva reforma del CP aparecen sustanciales diferencias con el anterior: habla del resultado lesivo producido por la acción para la graduación de la

¹⁴⁹ SAP Murcia 140/2010, de 11 de junio, [Id. Cendoj: 30030370032010100263]

¹⁵⁰ STC 45/2009, de 19 de febrero de 2009 (BOE núm. 63, de 13 de marzo de 2009)

¹⁵¹ STS 579/2005, de 5 de mayo

¹⁵² Art. 147 CP: "4.º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia."

pena a imponer; la utilización de determinados instrumentos que, no solo puedan causar daño, sino que sean peligrosos para la vida o la salud, variando igualmente la finalidad de la lesión que antes iba dirigida a causar graves daños al lesionado o revelaran una extrema brutalidad en la acción.

La LOMPICVG introduce en este precepto dos nuevos números, el 4º y el 5º, lo que permite que sean sujetos pasivos de estos actos de violencia aquellos que, por su vulnerabilidad, lo son también de violencia familiar. Existe ya una abundante doctrina constitucional¹⁵³ que avala este precepto y sostiene que no conculca los principios de igualdad, presunción de inocencia o legalidad¹⁵⁴.

En esta ocasión, Leticia es agredida por Felipe quien llega a casa “con unas copas de más”. El artículo 20 CP, que trata sobre las eximentes completas de responsabilidad criminal, establece en su apartado segundo lo siguiente “El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación **plena** por el consumo de bebidas alcohólicas,...”. No es éste el caso de Felipe, ya que como bien se dice solo había tomado algunas copas, afectando de forma moderada a sus capacidades, y por lo tanto, insuficiente para impedirle comprender la magnitud de sus actos y sus consecuencias, por lo que no sería aplicable a su caso esta eximente¹⁵⁵. Tampoco sabemos el grado de la intoxicación etílica (descartada la plena) en la que se encontraba Felipe, ya que siendo fortuita podría estar dentro del tipo del artículo 21.1 CP como eximente incompleta.

En este trabajo, se considera que las condiciones en las que se encontraba el agresor solo le afectaban moderadamente el entendimiento, por lo que sería aplicable analógicamente el artículo 21.6º CP, ya que aunque había ingerido bebidas alcohólicas, éstas no nublaban su lucidez hasta el punto de no saber que golpeando a su mujer podría causarle las lesiones que al final se reflejan en el enunciado¹⁵⁶.

8. Conclusiones finales

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

La pareja de hecho es una situación cada vez más común de relación entre dos personas que persiguen compartir un proyecto de vida, y no quieren tener las ataduras o condicionantes legales que supondría una relación matrimonial.

El libre desarrollo de la personalidad, la igualdad ante la ley y la libertad ideológica subyacen en el derecho a convivir de esta manera, pero el TC recuerda que, si bien esta forma de convivencia se considera como familia y es un bien que hay que proteger constitucionalmente, quienes escogen esta modalidad lo hacen también con la convicción de no querer asumir las obligaciones que supone el matrimonio y, por lo tanto, tendrán que aceptar que no existe una total igualdad como instituciones jurídicas distintas que son.

Una vez establecido lo anterior, al no existir una regulación estatal, son las Comunidades Autónomas las que, en función de sus competencias, han legislado sobre la materia. En el presente caso, se da por supuesto en el enunciado que Felipe y Leticia

¹⁵³ Entre otras STC 41/2010, de 22 de julio, (BOE núm. 192, de 9 de septiembre) y 45/2010, de 28 de julio, (BOE núm. 195, de 12 de septiembre).

¹⁵⁴ Art. 14, 24.2 y 24.1 CE

¹⁵⁵ STS 241/2011, de 19 de julio, [Id. Cendoj: 11012370032011100188]

¹⁵⁶ STS 747/2013, de 26 de febrero, [Id Cendoj: 28079120012013100127]

se constituyen en pareja de hecho. Al efecto, deberíamos tener en cuenta varias apreciaciones que pueden poner en duda esta afirmación. Para ello, se han estudiado las normativas autonómicas de las Islas Baleares, Galicia y Madrid para intentar encajar la situación en la que se encuentran.

En primer lugar, valoraremos la situación de Felipe que vive y está empadronado en Palma de Mallorca, pero no está demostrado que su vecindad civil sea balear, algo exigido por la ley de las Islas Baleares, ya que su madre es gallega y en el caso no se nos dice dónde nació, que sería una de las formas de adquirir aquella condición. Si entendemos que Felipe tiene vecindad civil balear cumpliría uno de los requisitos para constituirse en pareja de hecho con Leticia, ya que bastaría que uno de los dos miembros de la pareja tenga esa condición, y se les supone que observan los de capacidad y asunción de la normativa balear, pero tienen el impedimento de parentesco por consanguinidad en línea colateral de tercer grado.

La segunda alternativa que se barajó es la de que Felipe tenga vecindad civil gallega por nacimiento, ya que su madre María suponemos que lo es, en cuyo caso no podría acogerse a la ley balear. Haciendo uso de la normativa gallega, se comprueba que no exige el requisito de la vecindad civil, pero sigue manteniendo el impedimento del parentesco, además de exigir el domicilio en un ayuntamiento de Galicia.

La tercera opción consultada es la ley madrileña, ya que Leticia es de Madrid y suponemos que tiene la vecindad civil de esa Comunidad, y solo es necesario que uno de los miembros de la pareja cumpla esa condición. Pero, además del impedimento de parentesco como en las anteriores, se suma la obligación de residencia durante un año, requisito que tampoco se cumple.

Bajo ninguna de las leyes de estas tres comunidades obtendrían el status de pareja de hecho. Se podría valorar si mediante la aplicación de la normativa común del Estado, referida al matrimonio, podrían solicitar la dispensa del impedimento de parentesco. Entendemos que no ya que, como recuerda el TC, no existe equiparación en total igualdad al matrimonio y esas normas autonómicas, si quisieran permitir la exención, lo habrían reflejado. Por ello, su inscripción en el Registro de parejas estables de Baleares fue irregular.

En cuanto al matrimonio, es una institución que tiene rango constitucional y aparece en el artículo 32 CE, donde se dispone que el hombre y la mujer tienen el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. Es reseñable que no menciona el término “entre ellos”, con lo que ello supone para las uniones de parejas del mismo sexo.

Aunque la competencia exclusiva en la regulación de los distintos tipos de matrimonio es del Estado¹⁵⁷, las Comunidades que tienen derecho civil propio han desarrollado normas sobre esta institución. Aquí nos volvemos a encontrar con el impedimento del parentesco en línea colateral de tercer grado y debemos tener en cuenta que el matrimonio según el enunciado se celebró el 25 de mayo en Barcelona, por lo que habrá que tener en cuenta la normativa catalana vigente a esa fecha que sigue los parámetros de la legislación nacional en cuanto a los impedimentos y su dispensa (CC), con la modificación hecha el 14 de noviembre de 2012, por lo que no se puede contraer matrimonio¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Art. 42 a 107 CC.

¹⁵⁸ Art. 47.3 CC.

No obstante, el Juez de Primera Instancia, previa petición, podrá dispensar ese impedimento con justa causa y a instancia de parte. Es destacable también que, una vez celebrado el matrimonio sin haber solicitado la dispensa, se puede hacer posteriormente, siempre y cuando no se hubiese anteriormente instado la nulidad por alguna de las partes, considerándose entre ellas al Ministerio Fiscal como defensor de la legalidad pública.

En base a lo anteriormente expuesto:

- a) Si Felipe y Leticia no solicitaron la dispensa del impedimento antes de contraerlo, su matrimonio no sería válido.
- b) Si Felipe y Leticia no solicitaron la dispensa del impedimento antes de contraerlo, pero lo hacen posteriormente, sin solicitud previa de nulidad por alguna de las partes, y sea concedida por el Juez, su matrimonio sería válido desde la fecha de celebración.
- c) Si Felipe y Leticia solicitaron la dispensa del impedimento antes de contraerlo y fue concedida por el Juez su matrimonio sería válido a todos los efectos.

8.2. La adopción de Antonio ¿fue válida?

Como en apartados anteriores, habría que considerar la validez legal de la pareja de hecho formada por Felipe y Leticia. Si lo fuese, estaríamos ante una equiparación con el matrimonio con las consecuencias legales de cara a una posible adopción de Antonio el hijo de Leticia. Entre ellas, no habría que tener en cuenta el impedimento de la edad, pues solo sería necesario que uno de los miembros de la pareja superase los catorce años de diferencia con el adoptando y, aquí hay que tener en cuenta que Leticia es su madre biológica.

Otra posibilidad de evitar la diferencia de edad con el adoptando sería el matrimonio por complacencia, figura controvertida y con resoluciones contradictorias entre el TS y la DGRN que entiende que un reconocimiento de complacencia es nulo de pleno derecho y no podrá ser inscrito cuando haya en las actuaciones datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que tal reconocimiento no se ajusta a la realidad, en contraposición a la sentencia antes comentada que acepta su inscripción en el Registro Civil al no admitir la nulidad.

En el enunciado del caso se dice que Felipe “inicia” los trámites para la adopción; por lo tanto, no se puede hablar todavía si la adopción fue o no válida. De todas formas, se pueden plantear tres presupuestos en relación a la situación jurídica en la que puede quedar Antonio. Se entiende que la ley personal de Antonio, ya que no se dice dónde nació, es la correspondiente a su domicilio habitual en Palma de Mallorca. Si se considerase Madrid, Felipe no podría adoptarlo ya que en esa comunidad a las parejas se les exige un mínimo de convivencia de tres años¹⁵⁹.

Primer presupuesto: la pareja de hecho entre Felipe y Leticia no es válida por lo que la adopción de Antonio no sería ajustada a Derecho, ya que no se cumpliría el requisito de la diferencia de edad entre adoptando y adoptante.

Segundo presupuesto: la pareja de hecho entre Felipe y Leticia es válida. Por lo tanto, se aplicarían analógicamente las normas del matrimonio y sería suficiente que uno de sus miembros tuviese la diferencia de edad con el adoptando.

¹⁵⁹ Art. 58.1 c) Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid. (BOCM núm. 83, de 07/04/1995, BOE núm. 183, de 02/08/1995).

Tercer supuesto: la pareja de hecho entre Felipe y Leticia no es válida, pero Felipe reconoce por complacencia a Antonio.

En la misma situación se estaría en relación al matrimonio, ya que “el matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permitirá al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte”¹⁶⁰.

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

En lo relativo al divorcio, Leticia puede presentar la demanda cuando estime conveniente ya que cumple todos los requisitos establecidos por la ley. En el presente caso, aunque fue agredida por Felipe y acude a los servicios médicos no se dice que haya presentado denuncia y solicitado determinadas medidas civiles (guarda y custodia, alejamiento,...), pero cumple el requisito de los tres meses que exige la ley para poder comenzar el trámite, aunque al ser víctima de malos tratos por parte de su marido Felipe, podría iniciar el proceso de forma inmediata e, incluso, solicitar determinadas medidas cautelares.

En cuanto a la pensión de alimentos, Leticia al solicitar el divorcio también debe plantear la solicitud de la pensión alimenticia para sus hijos. Antonio, aunque adoptado por Felipe, goza de los mismos derechos, con independencia de su filiación, que su hermana Lucía (art. 39.2 CE), que incluiría su derecho a recibir una pensión de alimentos que les permita seguir manteniendo un nivel de vida similar al que tenían, y que contribuya a seguir con su formación.

Además, la LCCCat, relativa a la persona y la familia¹⁶¹, permite los pactos en previsión de ruptura matrimonial y bien se podía haber establecido por Leticia un sustento económico ya que abandonó su trabajo en el blog a raíz de la boda.

En cuanto a la pensión compensatoria, Leticia debe solicitarla ya en la demanda, pues al ser una norma de carácter dispositivo es necesario reclamarla para que el juez pueda concederla, existiendo ya pronunciamientos del TS denegándola por ser solicitada después de un largo tiempo de cese de la convivencia¹⁶².

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

En el presente caso, por las circunstancias que se relatan, entendemos que el divorcio no fue de mutuo acuerdo y que no ha existido un convenio regulador consensuado, y tendrá que ser el Juez el responsable de adoptar las medidas que considere oportunas aunque puedan ser modificadas posteriormente según establece el apartado tercero del artículo 90 CC. Además, habría que definir a quien corresponde la guarda y custodia de los hijos, si bien en este caso se entiende que la opción de guarda y custodia compartida está excluida en función del artículo 92.7 CC que cita dos supuestos que impiden esa posibilidad: violencia doméstica o cuando uno de los cónyuges esté incurso en un proceso penal por atentar contra la vida o integridad del otro cónyuge.

¹⁶⁰ Art. 175.4 CC.

¹⁶¹ Art. 231-20, modificado por la Ley 6/2015, de 13 de mayo, de armonización del Código civil de Cataluña. (BOE núm. 130, de 1 de junio de 2015).

¹⁶² Art. 97 CC y STS 2879/2013, de 3 de junio, [Id Cendoj: 28079110012013100295]

El artículo 96 CC establece claramente a quien debe atribuirse el uso de la vivienda cuando no existe un acuerdo “En defecto 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.” Pero también es necesario tener en cuenta la normativa al respecto de algunas Comunidades Autónomas. En relación con el artículo antes citado, no se establece ninguna limitación al uso de la vivienda, pero debe considerarse que el motivo fundamental de aquella atribución es el interés superior del menor, que tiene que ser defendido en las circunstancias adversas que puede generar, como efectivamente hace, una crisis matrimonial de los padres, sin importar cuál sea el propietario del inmueble. Así viene reflejado en la STS 1889/2016, de 3 de mayo, en su FJ 1º “...El hecho de que en medidas provisionales se atribuyese el uso al cónyuge no custodio no imposibilita que pueda cambiarse tal criterio en las medidas definitivas acordadas en sentencia y el hecho de que en separación de bienes (liquidación ganancial) se atribuyese a aquél la propiedad del inmueble no afecta a la concesión del uso temporal del mismo durante el tiempo legalmente procedente y como mínimo, durante la minoría de edad de la hija”¹⁶³.

El mismo artículo 96, en su apartado cuarto, establece limitaciones a la disposición de la vivienda cuando el uso le corresponde al cónyuge no titular, requiriendo para cualquier acto de disposición el consentimiento de ambas partes o autorización judicial.

También se debe tener en cuenta para la atribución del uso de la vivienda familiar la situación económica de ambos cónyuges. En este caso la de Leticia, que había dejado su trabajo para dedicarse a las labores domésticas y de cuidado de los hijos y carece de ingresos, y que puede considerarse precaria. En tal circunstancia, debería considerarse no solo el interés del menor, que sería prioritario, sino también el de su progenitor custodio, cuya situación de precariedad podría ir en detrimento de aquél. Por lo tanto, sería deseable sumar ambos intereses para reforzar la asignación del uso de la vivienda. Así, la STS 1093/2015, de 25 de marzo, valora quien es el titular del interés más urgentemente necesitado de protección para asignar el uso de la vivienda familiar¹⁶⁴. En cuanto a la consideración del contrato de comodato o el precario, se descartan en base a los razonamientos expresados en el apartado 4 de este texto, al entender que debe tratarse como donación.

En términos generales la atribución del uso de la vivienda se establece para el cónyuge que obtiene la guardia y custodia del hijo menor, por ser éste el interés que prima. Los hijos suelen ser los mayores perjudicados en una ruptura matrimonial y es función de los poderes públicos establecer los mecanismos de protección necesarios.

En el presente caso, Antonio, hijo natural de Leticia y adoptivo de Felipe, goza de los mismos derechos que si fuese hijo matrimonial, por lo que sus derechos sobre la vivienda considerada familiar también son iguales. La situación de desprotección en la que queda Leticia tiene que ser considerada y valorada por el juez, ya que también es merecedora de protección, porque no tiene ingresos que le permitan llevar a ella y a su hijo un nivel de vida igual o similar al que ostentaban cuando estaban conviviendo con Felipe.

¹⁶³ STS 1889/2016, de 3 de mayo [Id Cendoj: 28079110012016100275]

¹⁶⁴ STS 1093/2015, de 25 de marzo [Id Cendoj: 28079110012015100147]

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

Aunque la sociedad avanza, no deja de mantener viejos estereotipos machistas que conducen a casos de violencia extrema contra las mujeres. Las distintas leyes que han querido paliar este desgraciado fenómeno introdujeron modificaciones en la redacción de sus articulados y han modificado, entre otros textos, el Código penal. En el desarrollo de esta pregunta en el trabajo se ha intentado plasmar la diferencia entre violencia de género y violencia doméstica, términos que se confunden muy a menudo, aunque diferenciar del sujeto pasivo es fundamental para su aplicación.

Es importante constatar la dificultad que entraña distinguir ciertas conductas que, sin ser las adecuadas, no tienen porque considerarse delictivas, pero sí reprobables, aunque esa diferencia sea subjetiva y el juez el encargado de verificarla y establecer las sanciones que correspondan. En esta primera parte habría que considerar las que refleja el supuesto A, las nuevas tecnologías conllevan hábitos inéditos que habría que tipificar más específicamente, pero que, aun entrañando una conducta poco apropiada o irrespetuosa no tienen porque ser considerados delito. Felipe controla a su mujer constantemente, pero ella tiene la capacidad de no permitirlo. Por lo tanto no se siente coaccionada, no hay violencia, y tampoco acosada a pesar de la insistencia de su marido.

En cuanto al supuesto B, el nuevo Código penal despenalizó las injurias y vejaciones leves, categoría en la que siendo estrictos podrían entrar las palabras de Felipe durante las cena de Navidad, aunque no sabemos tampoco la asiduidad y el tono con el que las pronunciaba. La SAP de Madrid nos da una idea de qué frases o palabras pueden ser consideradas injuriosas. Tampoco lo consideramos punible.

En el supuesto C la situación se agrava pues se pasa a la violencia física en la que Felipe empuja a Leticia, y estaríamos ante una conducta típica del artículo 153.1 CP, uno de los modificados por la LOMPICVG con la finalidad de proteger a los miembros más débiles de la familia, fundamentalmente cónyuges o parejas de hecho. Aunque no se han producido lesiones, ya que Leticia no necesitó tratamiento médico o quirúrgico, la acción de Felipe sí es punible ya que manifiesta una situación de discriminación, desigualdad y menosprecio hacia su esposa que merece ser castigada y así lo recoge el antedicho artículo. La pena que correspondería deberá aplicarse en su mitad superior por realizar el hecho en la vivienda común o en presencia de menores.

El supuesto D es de mayor gravedad ya que afecta a la integridad física de María, que necesitó una primera asistencia y tratamiento médico, y se incluiría en el tipo del artículo 148.4, apartado también incluido en la nueva reforma legislativa. Consideramos también que, aunque Felipe consumió bebidas alcohólicas, la ingesta no fue tan elevada como para impedirle ser consciente de sus actos y de las consecuencias lesivas que podía conllevar y, por ello, solo se aplicaría analógicamente el artículo 21.6º CP.

Por todo ello, Felipe habría cometido los delitos tipificados en los artículos 148.4 y 153.1 del Código penal.

9. Fuentes de información

9.1. Bibliografía

- ÁLVAREZ LATA, N.: *Las parejas de hecho: perspectiva jurisprudencial*. Derecho Privado y Constitución Núm. 12. Enero-Diciembre 1998
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R.: *Manual de Derecho civil. Derecho privado y derecho de la persona*, 5ª ed., BERCAL, Madrid, 2011
- BERMEJO CUADRILLERO, F. A. Y CASALILLA GALÁN, J. A.: “La Jurisprudencia Española sobre la No Idoneidad de los Solicitantes de Adopción: Análisis e Implicaciones”, *Anuario de Psicología Jurídica* 2009 19, pp. 73-91.
- 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*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 24-26.
- GARCÍA-CUEVAS ROQUE, E.: *El matrimonio en la constitución española: un enfoque doctrinal y jurisprudencial*. Foro, Nueva época, vol. 17, núm. 1 (2014): 185-216 ISSN: 1698-5583
- GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, REUS, Madrid, 2013.
- LASARTE, C.: *Derecho de familia. Principios de Derecho civil VI*, 14ª Ed., Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales, S, A., Madrid, 2015.
- LASARTE, C.: *Derecho de familia. Principios de Derecho civil VI*, 13ª Ed., Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales, S, A., Madrid, 2014.
- LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, RECPC 07-08 (2005).
- PÉREZ MARTÍN, A. J.: *Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, LEX NOVA, Valladolid, 1998.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Mª E.: *Obligaciones de los cónyuges tras el divorcio o la separación*, Tecnos, Madrid, 2012.

9.2. Legislación consultada

- Constitución Española 1978. (BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).
- Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. (BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981)
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, (BOE núm. 80, de 3 de abril de 1985).
- 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. (BOE n.275, de 17 de noviembre de 1987).
- Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid. (BOCM núm. 83, de 07/04/1995, BOE núm. 183, de 02/08/1995).
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).
- Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables, Comunidad Autónoma de las Illes Balears «BOIB» núm. 156, de 19 de diciembre de 2001. (BOE núm. 14, de 16 de enero de 2002).
- Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, (BOE núm. 55 de 5 marzo 2002. BOCAM núm. 2, de 3 de enero de 2002).

Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica. (BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2003).

Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, de 28 de diciembre. (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004)

Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo. (BOE núm. 151, de 25 de junio de 2015).

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. (BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005).

Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia (LDCG). (DOG núm. 124, de 29 de junio de 2006, BOE núm. 191, de 11, de agosto de 2006).

Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears. (BOE núm. 297, de 13 de diciembre de 2006).

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. (DOG núm. 5686, de 05 de agosto de 2010, BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010)

Ley 6/2015, de 13 de mayo, de armonización del Código civil de Cataluña. (BOE núm. 130, de 1 de junio de 2015).

Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid. (BOCM núm. 83, de 07/04/1995, BOE núm. 183, de 02/08/1995).

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.

Decreto 112/2002, de 30 de agosto, mediante el cual se crea un Registro de Parejas Estables de las Illes Balears y se regula su organización y gestión. (BOIB Núm. 133 05-11-2002).

Real Decreto 170/2007, de 9 de febrero, por el que se modifica el Reglamento del Registro Civil, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958, BOE núm. 59, de 9 de marzo de 2007).

9.3. Sentencias

9.3.1. Tribunal Constitucional

STC 253/1998, de 20 de diciembre, (BOE núm. 11, de 13 de enero de 1989)

STC 184/1990, de 15 de noviembre, (BOE núm. 289, de 03 de diciembre de 1990)

STC 222/1992, de 11 de diciembre, (BOE núm. 16, de 19 de enero de 1993)

STC 47/1993, de 8 de febrero, (BOE núm. 60 de 11 de marzo de 1993)

ATC 233/2004, de 7 de junio, [ECLI:ES:TC:2004:233A]

STC 59/2008, de 14 de mayo, (BOE núm. 135 de 04 de junio de 2008)

STC 45/2009, de 19 de febrero de 2009 (BOE núm. 63, de 13 de marzo de 2009)

STC 41/2010, de 22 de julio (BOE núm. 192, de 9 de septiembre)

STC 45/2010, de 28 de julio (BOE núm. 195, de 12 de septiembre)

STC 81/2013, de 11 de abril, BOE núm. 112 de 10 de mayo de 2013.

STC 75/2014, de 8 de mayo de 2014. (BOE núm. 135 de 04 de junio de 2014)

9.3.2. Tribunal Supremo

STS 6585/1993, de 5 de octubre, [Id Cendoj: 28079110011993101513]

STS 3783/1998, de 9 de junio, [Id Cendoj: 28079120011998103014]
STS 3031/2000, de 11 de abril, [Id Cendoj: 28079120012000103452]
STS 843/2005 [Id Cendoj: 28079120012005100835].
STS 4821/2009, de 17 de julio, [Id Cendoj: 28079110012009100531]
STS 5236/2008, de 3 de octubre, [Id Cendoj: 28079110012008100877]
STS 7482/2009, de 24 de noviembre, [Id Cendoj: 28079120012009101180]
STS 3591/2011, de 14 de junio [Id. Cendoj: 28079110012011100346]
STS 241/2011, de 19 de julio, [Id. Cendoj: 11012370032011100188]
STS 8302/2012, de 17 de diciembre, [Id Cendoj: 28079110012012100726]
STS 747/2013, de 26 de febrero, [Id Cendoj: 28079120012013100127]
STS 742/2013, de 27 de marzo, [id. Cendoj: 28079110012013100680]
STS 2879/2013, de 3 de junio, [Id Cendoj: 28079110012013100295]
STS 5468/2013, de 11 de noviembre [Id Cendoj: 28079110012013100644]
STS 5468/2013 , de 11 de noviembre [Id Cendoj: 28079110012013100644]
STS 5898/2013 de 4 de diciembre, [Id. Cendoj: 28079110012013100728]
STS 50/2014, de 27 de enero [Id Cendoj: 28079110012014100009]
STS 993/2014, de 6 de marzo, [Id Cendoj: 28079120012014100187]
STS 1111/2014, de 26 de marzo, [Id Cendoj: 28079110012014100137]
STS 4077/2014, de 21 de octubre [Id Cendoj: 28079110012014100508]
STS 4084/2014, de 22 de octubre, [Id Cendoj: 28079110012014100512]
STS 4249/2014, de 24 de octubre, [Id Cendoj: 28079110012014100540]
STS 8/2015, de 24 marzo, [JUR 2015\123212]
STS 1093/2015, de 25 de marzo [Id Cendoj: 28079110012015100147]
STS 2220/2015, de 29 de mayo [Id Cendoj: 28079110012015100288]
STS 1889/2016, de 3 de mayo [Id Cendoj: 28079110012016100275]
STS 3192/2016, de 15 de julio, [Id Cendoj: 28079119912016100017]
STS 5473/2002, de 18 de julio, [Id Cendoj: 28079120012002100002]

9.3.3. Audiencias Provinciales

SAP Madrid (Sección 22ª), de 21 abril 1997. AC 1997\1666
SAP Murcia 140/2010, de 11 de junio, [Id. Cendoj: 30030370032010100263]
SAP Barcelona 627/2013, de 18 de octubre, [Id. Cendoj: 08019370182013100603]
SAP Valencia 62/2014, de 5 de febrero 2014, [Id. Cendoj: 46250370102014100079]
SAP Madrid 3888/2014, de 24 de marzo, [Id Cendoj: 28079370262014100198]
SAP Bilbao 13/2015, [Id Cendoj: 48020370042015100011]
SAP Madrid 965/2015, de 15 de diciembre, [Id. Cendoj: 28079370302015100906]
SAP A Coruña 727/2017, de 6 de abril [Id Cendoj: 15030370052017100093]
SAP Z 812/2017, de 3 de mayo, [Id Cendoj: 50297370022017100193]

9.3.4. Internet

<http://pensionesaa.poderjudicial.es/pensionesaa/>

https://previa.uclm.es/cu/csociales/pdf/documentostrabajo/05_2008.pdf p. 7-13.