

UNIVERSIDAD DE A CORUÑA
FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO DE FIN DE GRADO
CURSO 2016-2017

“Divorcio con hijos por motivo de lesiones”

Alumna: Yaiza Vázquez Torreiro

Tutor: Rafael Colina Garea

ÍNDICE

Índice de abreviaturas.....	3
I. Consideraciones previas.....	4
1. Antecedentes de hecho.....	4
2. Encuadre jurídico.....	4
II. Fundamento jurídico primero: las formas de constitución de una comunidad de vida....	5
1. Parejas de hecho.....	5
2. Matrimonio.....	8
III. Fundamento jurídico segundo: la adopción del hijo de la pareja de hecho.....	12
1. Requisitos del adoptando y del adoptante.....	13
2. El procedimiento de adopción.....	15
IV. Fundamento jurídico tercero: las crisis matrimoniales y sus efectos	19
1. El divorcio.....	19
2. Nulidad.....	21
3. Efectos y medidas del divorcio y la nulidad.....	22
4. Pensión de alimentos.....	24
V. Fundamento jurídico cuarto: continuación efectos crisis matrimoniales. La atribución de la vivienda familiar.....	29
VI. Fundamento jurídico quinto: el delito de violencia de género y violencia Habitual.....	34
1. Violencia de género.....	34
2. Violencia habitual.....	39
3. Concurso de delitos.....	41
VII. Conclusiones jurídicas.....	42
VIII Bibliografía.....	45
IX. Jurisprudencia	48

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AP	Audiencia Provincial
art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
CC.AA.	Comunidad Autónoma
CE	Constitución Española
cit.	Citado
CP	Código Penal
EAG	Estatuto de Autonomía de Galicia
EE.AA.	Estatuto de Autonomía
JPI	Juzgado de Primera Instancia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LDCG	Ley de Derecho Civil de Galicia
LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria
LO	Ley Orgánica
LOMPIVG	Ley Orgánica de Medidas de Protección integral contra la violencia de género
MF	Ministerio Fiscal
p.	Página
RC	Registro Civil
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
Tit.	Título
TS	Tribunal Supremo
Vol.	Volumen

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

1. Antecedentes de hecho.

Primero.- El 2 de agosto de 2014, Dña. Leticia García Ayala y D. Felipe Domínguez García deciden inscribirse como Pareja de Hecho en Palma de Mallorca, Comunidad Autónoma en la que residían actualmente, existiendo un impedimento de parentesco por consanguinidad en línea colateral en tercer grado entre ellos.

Segundo.- Después de los constantes viajes de D. Felipe por motivos laborales, el 13 de octubre de 2014, a sus 26 años, D. Felipe adopta al hijo de Dña. Leticia, D. Antonio, que ya alcanzara los 13 años y cuyo padre había fallecido con anterioridad.

Tercero.- El día 25 de mayo de 2015, como consecuencia de la imbatible insistencia de Dña. Leticia y bajo la amenaza de que en caso contrario no volvería a ver a D. Antonio, D. Felipe y Dña. Leticia contraen matrimonio civil en Barcelona. Con motivo de dicho enlace, la madre del contrayente, le regala a su hijo, la actual vivienda familiar, sita en la Avda. de A Coruña nº 10, séptimo piso, Lugo, en concepto de donación por razón de matrimonio.

Cuarto.- El marido empieza a mostrar signos de control y sometimiento con carácter temprano. El 13 de marzo de 2016, tras una acalorada discusión por la realización de las tareas domésticas y el cuidado de la madre de D. Felipe con motivo de su reciente caída, D. Felipe decide poner fin a la discusión propinándole un empujón a Dña. Leticia y poniendo en riesgo la vida del feto que se gestaba en su vientre; mientras le manifiesta una vez más su poder sobre ella, exclamando que es libre de irse, pero que si se va no volverá a ver a sus hijos.

Después de la concurrencia de dichos hechos, Dña. Leticia acude al médico, el cual le receta analgésicos para el dolor y le asegura que el feto no ha sufrido ningún daño, siendo prueba de ello el nacimiento de Dña. Lucía el 18 de abril de 2016 sin muestra alguna de lesiones o secuelas.

Quinto.- El férreo asentamiento de la opresión dentro de la pareja durante tres años consecutivos, situando a Dña. Leticia en la posición de eslabón débil, tiene su fatal desenlace el día 16 de junio de 2016 con la respuesta de D. Felipe ante las sucesivas quejas y réplicas de Dña. Leticia -la cual ya no soporta más la situación actual-, infringiéndole a la misma, en estado de embriaguez, sucesivos golpes hasta tirarla al suelo, como consecuencia de los cuales sufre un esguince en el pie derecho y daños en las cervicales. A causa de dichas lesiones, el médico le dictamina el uso obligatorio de collarín, le inmoviliza el pie derecho y le recomienda la ingesta de analgésicos.

2. Encuadre jurídico.

La casuística planteada nos conduce al estudio de dos ramas del derecho notoriamente divergentes con su propio arquetipo procesal: la jurisdicción penal y la jurisdicción civil.

Dentro de la disciplina del Derecho Civil, el presente estudio está orientado al desarrollo de un análisis en profundidad de las diferentes instituciones que constituyen

el Derecho de Familia, las cuales pueden ser agrupadas en cinco bloques temáticos,¹ aunque por motivos de adecuación al asunto encomendado, centraremos el estudio en las tres siguientes:

1. El matrimonio y las parejas de hecho. El estudio se centrará en los requisitos de su constitución, y término y efectos de su disolución, como el uso y atribución de la vivienda familiar.

2. Las instituciones de protección de la infancia y de la adolescencia cuyo objeto a examinar será la figura de la adopción.

3. Las relaciones de parentesco que originan el nacimiento de la obligación de alimentos.

En lo que se refiere a la rama del Derecho Penal, la presente investigación jurídica pone el punto de mira en la causa contemplada en el Título III del Código Penal (CP), cuyo título en cuestión es “*De las Lesiones*”. Los hechos delictivos, explicados posteriormente, deberán ser abordados teniendo en cuenta la interrelación desarrollada entre la víctima y su agresor, es decir, la construcción del vínculo de pareja o de matrimonio; dando nacimiento al agravante de la llamada Violencia de Género.

Por consiguiente, en el presente caso, con motivo de la Ley Orgánica -en adelante LO- del Poder Judicial 7/2015, de 21 de julio, por la que modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, en concreto a lo referido en su artículo 87 ter, la competencia de dichas ramas del derecho recaerán sobre un mismo Juzgado especializado, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer (JVM), a favor del cual se deberán inhibir tanto el Juzgado de Familia como el Juzgado Penal en el momento que tuviesen conocimiento de la existencia de la comisión de un presunto delito de violencia género.

II. FUNDAMENTO JURÍDICO PRIMERO: LAS FORMAS DE CONSTITUCIÓN DE UNA COMUNIDAD DE VIDA.

1. Parejas de hecho

El Derecho Civil español no goza de una regulación homogénea en torno a la figura de las parejas de hecho. Esta carencia legislativa ha conllevado la asunción de la tarea normativa por parte de las Comunidades Autónomas, con el beneplácito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2013², que aclara que el legislador foral no está vulnerando el art. 149.1.8 CE al regular las parejas de hecho, dado que no está creando una forma de matrimonio distinta a la prevista por el legislador estatal. En consonancia con la doctrina constitucional, abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reiterado que la protección y salvaguarda del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y la susceptibilidad de constituir una familia mediante las uniones de hecho, no conlleva la aplicación de las normas reguladoras de las uniones matrimoniales, pues se estaría tratando como iguales situaciones e instituciones jurídicas que no lo son (STS de 21 de octubre de 1992, de 18

¹LINACERO DE LA FUENTE, M. “Familia y derecho de familia”, en AA.VV *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios*. M. Linacero (dir). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2016, p. 41.

²STC de 23 de abril de 2013 (TOL3.711.269).

de febrero de 1993 y de 30 de diciembre de 1994, entre otras³). Como consecuencia, en nuestro ordenamiento jurídico coexisten criterios heterogéneos en torno a la figura de las parejas de hecho⁴.

A). La relevancia de la vecindad civil:

A tenor de lo expuesto, la vecindad civil mantiene una posición extraordinaria en las uniones legales *more uxorio*, pues la presencia de normas heterogéneas en torno a esta figura a lo largo del territorio español como consecuencia de la carencia de una legislación estatal, conlleva al nacimiento de consecuencias jurídicas diferentes en función del derecho foral aplicable.

El TC en la sentencia anteriormente referida determina que el desarrollo de las normas para resolver los conflictos de leyes es exclusivamente reserva competencial del Estado, como señala el art. 149.1.8 CE, dentro de la cual se integran la adopción de normas de conflicto y la definición de sus elementos, entre ellos el de los puntos de conexión que llevan a la aplicación del tráfico jurídico interregional.

El Código Civil en su artículo 16.4 exclama que “Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades: 3. Los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9 y, en su defecto, por el Código Civil”. Dicho precepto nos dirige al art. 9.2 CC, el cual sólo impone un criterio de resolución de conflicto de leyes interregionales en torno a la institución del matrimonio, si bien se debe entender que dicho criterio es extensivo en aplicación del método de analogía a las parejas de hecho, en conformidad con el Auto del Tribunal Constitucional de 7 de mayo de 2013⁵. Siguiendo los parámetros establecidos en el artículo 9.2 CC, se observan los siguientes criterios jerárquicos para conocer la vecindad civil aplicable:

1. Ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo. En la presente casuística los integrantes de la pareja de hecho no ostentan la misma vecindad civil, puesto que D. Felipe ostenta la vecindad civil mallorquina y Dña. Leticia, la madrileña.

2. En defecto de esta ley, se atenderá a la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio. Los miembros de la pareja de hecho tampoco dispusieron en documento fehaciente la vecindad aplicable a su unión legal.

3. A falta de esta elección, se sigue el criterio de la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la inscripción de la pareja de hecho, y a falta de dicha residencia, la del lugar de constitución de la unión “*more uxorio*”. La residencia

³STS de STS de 21 de octubre de 1992 (TOL5.122.980), 18 de febrero de 1993 (TOL1.662.753), y STS de 30 de diciembre de 1994 (TOL1.665.147) en las que se rechaza la aplicación de las normas de sociedad de gananciales mediante el recurso de analogía, a excepción de que dicho régimen fuese pactado con anterioridad.

⁴GARCÍA RUBIO, M. P, "Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 10, Madrid, 2006, p. 116-119. Recuperado de https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/10/113_138%20GARCIA.pdf

⁵STC de 7 de mayo de 2013 (TOL3.752.429)

habitual común inmediatamente posterior a la inscripción de la pareja de hecho nos conduce al derecho foral de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, y por lo tanto, a la aplicación de la Ley 18/2001, del 19 de diciembre, de Parejas Estables, de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

B.) Los requisitos para la constitución válida de la pareja de hecho.

Las parejas de hecho, definidas en el artículo primero por la Ley de parejas estables de la CC.AA. de Islas Baleares como “las uniones de dos personas que convivan de forma libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal”, están sujetas a una serie de requisitos para su constitución legal y el oportuno despliegue de sus efectos jurídicos, los cuales los encontramos encuadrados en el precepto segundo de la citada norma.

A los efectos de esta legislación gozan de capacidad para constituir una pareja de hecho todos aquellos que hayan alcanzado la mayoría de edad, como sucede en el presente supuesto, o los menores emancipados. No obstante, la CC.AA de Islas Baleares ha formulado algunas excepciones, análogas a las que presenta la institución del matrimonio, que atiende a prohibiciones generales de inscripción como parejas de hecho en concurrencia de las circunstancias que vamos a proceder a exponer y a prohibiciones específicas de constituir una unión legal con determinadas personas. Estos impedimentos se pueden clasificar a su vez en dos categorías:

a) Impedimentos de vínculo: de acuerdo con la prohibición de la poligamia dentro de nuestro ordenamiento jurídico, no están autorizados para la inscripción válida como pareja de hecho aquellos que estén ligados por vínculo matrimonial o hayan inscrito válidamente con anterioridad una pareja estable con otra persona. El presente impedimento no rompe la validez de la inscripción como pareja de hecho de D. Felipe y Dña. Leticia, dado que ninguno de ellos está ligado a un vínculo previo. En caso de que Dña. Leticia hubiese contraído matrimonio con el padre de su hijo D. Antonio, dicho vínculo se vería disuelto por la muerte del cónyuge, como señala el artículo 85 CC.

b) Impedimentos de parentesco: tampoco podrán inscribirse como pareja de hecho los parientes en línea recta hasta el infinito ni colaterales hasta el tercer grado, independientemente de que dicho vínculo de parentesco corresponda a lazos consanguíneos o adoptivos. Esta prohibición de constitución legal de la pareja de hecho a aquellos que estén afectados por el vínculo de parentesco descrito es de aplicación en el supuesto actual, como ya se adelantó en el antecedente de hecho primero.

El apartado segundo de dicho precepto recoge el criterio delimitador de su ámbito de aplicación y como consecuencia, el nacimiento del último requisito para el acceso a la constitución de la pareja de hecho en Islas Baleares. Mientras en algunas CC.AA, como Madrid, se exige la residencia de al menos un miembro de la pareja estable, en la Comunidad de Baleares -al igual que en Galicia, Navarra y Cataluña- se requiere la tenencia de la vecindad civil en dicha Comunidad Autónoma por parte de uno de los miembros convivientes.⁶ En el presente caso sólo tenemos conocimiento de que D. Felipe está empadronado en Palma de Mallorca, sin que dicho hecho conlleve en sí mismo que tenga la vecindad civil mallorquina. Para poder apreciar el cumplimiento

⁶RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E. *La legislación autonómica sobre uniones de hecho. Revisión desde la Constitución*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2003, p 54-57.

de dicho requisito deviene necesario conocer la vecindad civil de los progenitores de D. Felipe, es decir la adquisición de la vecindad civil originaria, o si D. Felipe adoptó dicho vecindad civil por opción, mediante la residencia continuada durante dos años voluntariamente o durante diez años de modo automático (arts. 14.2 y 5 CC).

La relación de parentesco de Dña. Leticia y D. Felipe fue la pionera del nacimiento de la relación afectiva entre ambos y a su vez, será la responsable de la nulidad de la inscripción de la pareja de hecho. Dicha pareja no cumple los requisitos de capacidad y prohibiciones que predica el derecho foral mallorquín, están unidos en tercer grado en línea colateral, siendo tía y sobrino respectivamente. Por tanto, se debe concluir que la constitución de la pareja de hecho es nula desde su inscripción, y no ha generado efecto alguno entre sus miembros ni hacia terceros. No obstante, en el hipotético caso de que los miembros de la pareja de hecho no mantuviesen una relación de parentesco, siendo por consiguiente válida su inscripción, el futuro matrimonio extinguiría la pareja de hecho conforme al art. 8 d) de la Ley de Parejas Estables de Islas Baleares; siempre y cuando, el matrimonio fuera contraído conforme a derecho.

2. Matrimonio.

Antes de proseguir con la exposición correspondiente a la institución matrimonial, parece necesario mencionar que se entiende jurídicamente por matrimonio. El concepto de matrimonio no se encuentra definido dentro CC, aunque es dicho código quien se ocupa de regular la presente institución desde su fase inicial, la promesa del matrimonio; hasta la fase final, las causas de disolución del mismo. La construcción del concepto definidor del matrimonio ha sido tarea asumida por la doctrina, la cual todavía no ha llegado a un acuerdo unánime sobre que definición es la más ajustada y conexas a dicha institución. Algunos autores entienden que nos encontramos ante un negocio jurídico bilateral del derecho de familia cuyo origen es un acuerdo de voluntades entre los que lo celebran, y otros autores defienden que, nos encontramos ante una institución propia y autónoma a la que el derecho positivo dedica un conjunto normativo ad hoc; siendo ambas definiciones compatibles entre sí.⁷

A) Derecho aplicable.

El matrimonio goza de una regulación homogénea dentro de todo el territorio español en consonancia con la salvaguarda que le proporciona el art. 32 CE y el art. 149.1.8º CE, que declara competencia exclusiva del Estado las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, la ordenación de los registros e instrumentos públicos, las bases de las obligaciones contractuales y la resolución de conflictos de leyes; de cuya regulación se encarga el Derecho Común, en concreto los arts. 42 y ss. CC

Sin embargo, los derechos forales continúan asumiendo un papel destacado en la regulación de esta figura en lo que concierne al régimen económico matrimonial, capitulaciones matrimoniales, donaciones matrimoniales, entre otros. Un ejemplo ilustrativo sobre la transcendencia del empleo de un derecho foral u otro y el alcance de las consecuencias jurídicas de dicha decisión nos lo propone el presente supuesto de hecho: si aplicamos el derecho foral catalán en consonancia con el criterio del lugar de

⁷MARÍN LÓPEZ, J.M. “El matrimonio”, en AA.VV. *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*. R. Bercovitz (coord). Ed. Bercal, S.A. Madrid 2015, p. 39.

la celebración del matrimonio, el régimen económico matrimonial aplicable sería el de separación de bienes; y si reparamos en el lugar de residencia habitual inmediatamente posterior, nos detendremos en el derecho foral gallego, el cual propone como régimen económico matrimonial subsidiario el de comunidad de bienes gananciales en el artículo 171 de la Ley de Derecho Civil de Galicia.

Del mismo modo que sucedía en el epígrafe anterior que regula las parejas de hecho, los cónyuges no gozan de la misma vecindad civil ni han pactado en documento fidedigno la vecindad civil que será de aplicación. Por tanto, en concordancia con las normas jerárquicas del 9.2 CC, podemos concluir que el derecho foral aplicable será el gallego, es decir, el de residencia habitual inmediatamente posterior a la unión del vínculo matrimonial sita en Avda. de A Coruña nº 10, séptimo piso, Lugo. La aplicación del derecho foral gallego como normativa reguladora de la unión matrimonial, no implica la alteración de la vecindad civil de los cónyuges sino que -a excepción de que uno de ellos voluntariamente opte por la vecindad civil del otro- seguirán conservando su propia vecindad civil (14.4 CC).

B) Los requisitos matrimoniales.

Se considera que un matrimonio ha sido contraído válidamente cuando los cónyuges, que disfruten de capacidad matrimonial suficiente, hayan prestado su consentimiento libremente en alguna de las formas previstas en el CC. La concurrencia de dichos requisitos es la que va a otorgar validez al matrimonio celebrado.

El ordenamiento jurídico español regula un único matrimonio que admite pluralidad de formas, bien en forma de ceremonia civil, como el matrimonio de D. Felipe y Dña. Leticia, o bien en la forma de la confesión religiosa que haya suscrito acuerdos con el Estado. El Matrimonio en forma civil está regulado en el artículo 51 y ss. CC, los cuales obligan a que la prestación del consentimiento sea en presencia de dos testigos mayores de edad y un testigo cualificado⁸, que en el presente caso asume dicha función el alcalde de Barcelona.

En lo que se refiere al requisito de capacidad, los arts. 46 y 47 del CC contienen una delimitación negativa, eludiendo nombrar quién tiene capacidad para contraer matrimonio, y entendiéndose por lo tanto, que todo el mundo goza de capacidad matrimonial a excepción de que concurran los impedimentos expuestos en dichos preceptos, los cuales se pueden agrupar en dos categorías: absolutos cuando imposibiliten la celebración del matrimonio con cualquier persona, en la que englobaríamos el impedimento de edad –falta de edad núbil, la cual se alcanza con la mayoría de edad o la emancipación del menor-, el impedimento de vínculo- prohibición de la poligamia-; y relativos, si sólo impiden el matrimonio respecto a determinadas personas, que se refiere al impedimento de conyugicidio –condenado por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad a la conyugal- y al impedimento de parentesco en línea recta ascendente y descendente hasta el infinito y en línea colateral hasta el tercer grado.

El vínculo matrimonial que estamos examinando no cumple los requisitos de capacidad que acabamos de enumerar a causa de la concurrencia del impedimento de

⁸Con la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria la celebración del matrimonio también puede llevarse a cabo ante notario.

parentesco en línea colateral hasta el 3º grado, lo que conlleva que dicho matrimonio no sea válido, como advierte la resolución de la Circular de la D.G.R.N. de 29 de julio de 2005⁹, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo, B.O.E. nº 188 de 8 de agosto de 2005, ya que el “Código civil que establece especiales requisitos de capacidad a través de los denominados impedimentos matrimoniales, en particular en sus artículos 46 y 47. Unos y otros tienen carácter dirimente en el sentido de que si se contrae un matrimonio a pesar de la existencia de un impedimento, el matrimonio será nulo”.

Dicho matrimonio podría haber alcanzado eficacia jurídica si a instancia de parte se hubiese solicitado la oportuna dispensa matrimonial, como recoge el art. 48 CC. Dicho precepto permite que el matrimonio contraído bajo impedimento dispensable, pueda ser convalidado conservando plenos efectos jurídicos desde su celebración, con la concesión de la dispensa matrimonial ulterior si alberga justa causa. Mayor incertidumbre plantea que debemos entender por “justa causa” para la concesión de la dispensa, en concreto para el impedimento de parentesco en tercer grado en línea colateral. La RDGRN de 18 de octubre de 1995¹⁰ ha entendido como causa suficiente la relación nacida entre tío y sobrina cuando, a causa de una incapacidad física del primero, hayan estado conviviendo juntos durante veintidós años¹¹: “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”. Dicha resolución nos ofrece un enfoque y una guía de interpretación sobre dicho concepto jurídico indeterminado, debiendo ser interpretado bajo su posición de acto administrativo, pues aunque sea reconocida su alta autoridad jurídica, sus resoluciones no constituyen jurisprudencia (STS de 7 de julio de 2008¹²). Por lo tanto, la concesión de la dispensa dependerá de las circunstancias personales que conllevaron a la unión afectiva, atendiendo a connotaciones de índole moral, no recayendo sobre la figura del Juez obligación alguna, y manteniendo el carácter de nulo sin su dispensa.

Por último, debemos analizar la figura esencial de dicha institución, sin la cual no hay matrimonio como predica el art. 45 CC, el consentimiento. La perfección de la voluntad debe ser personal, libre, pura y simple (las cláusulas de tiempo y modo se entienden por no puestas) y con conocimiento del acto, por lo que sólo podrán contraer matrimonio aquellas personas, que el momento de prestar el consentimiento, tengan suficiente discernimiento y conocimiento sobre el acto que concluyen.¹³

A la luz de las causas de nulidad citadas en el artículo 73, podemos encuadrar como fundamentos que determinen la formación de una voluntad diferente de la que se habría formado en caso de haber tenido pleno conocimiento y libertad¹⁴, es decir, vicios

⁹RDGRN de 19 de julio de 2005 (JUR 2005\184678).

¹⁰RDGRN de 18 de octubre de 1995 (RJ 1995\9565)

¹¹BLANDINO GARRIDO, M.A. “Nulidad matrimonial”, en AAVV *Las crisis matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio*. A. Álvarez, P. Sánchez y M.A. Blandino (coords.). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2016, p. 33.

¹²STS de 7 de julio de 2008 (TOL 1.346.977).

¹³MARÍN LÓPEZ, J.M. “Requisitos del matrimonio”, en AA.VV. *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*. R. Bercovitz (coord.). Ed. Bercal. Madrid 2015, p. 53.

¹⁴LINACERO DE LA FUENTE, M. “Matrimonio. Parejas de hecho. Primera parte: Matrimonio”, en AA.VV *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios*. M. Linacero (dir). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2016, p. 106-107

del consentimiento, las siguientes: el error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que hubiesen sido determinantes para manifestar el consentimiento, el error dolosamente inducido y la coacción o miedo grave; sólo nos detendremos en último vicio del consentimiento en armonía con la casuística presentada.

La coacción o miedo grave, regulado en el art. 73.5 CC, puede ser provocado por el otro contrayente o por un tercero cuyo alcance puede ser físico o moral. Se entenderá, como sucede en el resto de los contratos, que el consentimiento está viciado cuando “para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible” o “se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes”(art. 1267 CC)¹⁵. La STS del 26 de noviembre de 1985¹⁶ entiende que para declarar la nulidad matrimonial por fuerza o intimidación, debe constatarse la concurrencia de una amenaza antijurídica de un mal inminente y grave sine qua non se hubiese manifestado el consentimiento. En concordancia con la STS, la AP de Barcelona apunta en Sentencia de 13 de enero de 2004¹⁷, que el consentimiento matrimonial está viciado cuando concurre un requisito objetivo, el “acto o conducta indubitadas que objetive y racionalmente puedan ser considerados como suficiente para refundir o inspirar a la otra hasta el temor, de sufrir un mal inminente y grave sobre la persona o bienes del intimidado, o de la persona o bienes de su familia” y un requisito subjetivo, “debe atenderse a circunstancias subjetivas del que la sufre, o como dice el Código Civil, a su edad y condiciones de la persona”.

Procediendo a un análisis exhaustivo de la doctrina jurisprudencial anteriormente citada, podemos concluir que estaremos ante un vicio del consentimiento por coacción o violencia moral cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1. Emisión de la declaración de voluntad a causa de la comunicación de un daño de modo explícito, como en el caso de D. Felipe y Dña. Leticia, en la que ella extorsiona la voluntad de D. Felipe al manifestarle que en el caso de que no contraigan nupcias no volverá a tener relación con el hijo de la misma, D. Antonio.

2. La amenaza intencional por el autor y determinante para la víctima. En la casuística planteada, Dña. Leticia de modo claro y preciso profesa su amenaza con el fin de obligar a D. Felipe a casarse con ella, por lo que se puede concluir que la amenaza es intencional; y, D. Felipe, el cual antes de que la amenaza fuera proyectada se niega a casarse, pese a las reiterada insistencia de Dña. Leticia, por miedo al cumplimiento de la misma accede a dar el paso. La carga de la prueba de la existencia del miedo en el momento de la prestación del consentimiento le corresponde a la víctima, en este caso D. Felipe, como hace hincapié la AP de Córdoba, en la Sentencia 12 de enero de 2012.¹⁸

3. La amenaza ha de ser relevante. La gravedad del mal con el que el contrayente es amenazado debe alcanzar cierta envergadura como justificante del miedo a su consumación. Este último requisito es conexo al segundo fundamento jurídico, el cual

¹⁵MARÍN LÓPEZ, M. J. “Comentarios a los art. 9.2, 42 a 107 el Código Civil”, en AA.VV. *Comentarios al Código Civil*. R. Bercovitz (coord.). Ed. Thomson-Aranzadi. Cizur Menor 2013, p. 191-193.

¹⁶STS de 16 de noviembre de 1985 (TOL1.736.098)

¹⁷SAP Barcelona de 13 de enero de 2004 (R. Cendoj. 08019370122004100032)

¹⁸SAP Córdoba de 12 de enero de 2012 (TOL3.011.809)

concibe el tema de la adopción con el fin de llegar a una conclusión jurídica sobre la validez de dicho proceso. La amenaza del mal sí ha de calificarse como relevante, debido a que a causa de defectos procesales, la adopción de D. Antonio puede ser nula de pleno derecho, como explicaremos en el siguiente epígrafe, lo que le aporta mayor fortaleza a la intimidación de Dña. Leticia, ya que D. Felipe no disfruta de ningún derecho sobre la tutela del menor, lo que conlleva a que no le sea posible disfrutar de un régimen de visitas.

4. La amenaza debe ser injusta o ilícita. Si bien es cierto que la amenaza proyecta presenta ribetes de licitud, si ha de determinarse como injusta, pues el objetivo de la misma es sacar una ventaja jurídica mediante medios lícitos, lo que constituye un abuso del ejercicio de derecho.

Esta causa de anulabilidad del matrimonio es susceptible de convalidación “si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desvanecido el error o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo.” (art.76, párrafo segundo, CC). Si concurren las circunstancias mencionadas, la convalidación se produce *ope legis*, sin necesidad de declaración judicial, de acuerdo con los principios de favor matrimonii¹⁹, pues como bien advierte SAP de Castellón de 2 de octubre de 2000²⁰: “la coacción o miedo grave padecido por el actor y por el cual se vio condicionado a prestar su consentimiento, estimamos que tampoco ha resultado acreditado (...), pero en el caso de que lo hubiese habido la acción de nulidad por éste habría caducado y el matrimonio ha quedado convalidado puesto que los cónyuges han convivido juntos durante más de un año desde que desapareció la coacción”. Atendiendo a las circunstancias personales del matrimonio que estamos a analizar, en el que con carácter temprano se han intercambiado los papeles siendo ahora el dominante D. Felipe, y la sumisa Dña. Leticia, se podría manifestar con seguridad que los cónyuges ya han convivido juntos más de un año desde que desvaneció la causa del miedo; sobre todo si tenemos en cuenta la declaración de D. Felipe el día 13 de marzo de 2016, apercibiendo él a Dña. Leticia de que en caso de que le abandone, no volverá a ver a sus hijos.

III. FUNDAMENTO JURÍDICO SEGUNDO: LA ADOPCIÓN DEL HIJO DE LA PAREJA DE HECHO.

La adopción se configura como un instrumento de integración familiar que se constituye por resolución judicial, generando un vínculo de parentesco entre adoptante y adoptado con los mismos efectos que la filiación por naturaleza²¹ (art. 108.2 CC). El nexo de dicha institución con la protección jurídica del menor implica la presencia de numerosa y abundante legislación, tanto nacional como internacional, sobre esta figura; entre ellas, las más destacadas son la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil; la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción

¹⁹BLANDINO GARRIDO, M.A. “La nulidad matrimonial”, cit. pp. 84-85.

²⁰SAP Castellón de 2 de octubre de 2000 (JUR 2001\163688)

²¹LINACERO DE LA FUENTE, M. “Instituciones de protección de la infancia y la adolescencia”, en AA.VV *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios*. M. Linacero (dir). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2016, p. 409.

internacional; la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada el 30 de noviembre de 1990; Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de adopción internacional.

En la presente exposición nos centraremos en la adopción nacional cuya legislación aplicable, al no ostentar una vecindad común entre el adoptante y el adoptado, atenderá a las normas de resolución de conflictos interregionales. El art. 9.5 CC, al cual nos redirige el 9.4 para el establecimiento de la filiación adoptiva, aborda la solución de conflicto de leyes orientándonos hacia el art. 18 de la Ley de Adopción Internacional, el cual establece como criterio a seguir, la residencia habitual actual o futura del menor²²: “La constitución de la adopción por la autoridad competente española se regirá por lo dispuesto en la ley material española en los siguientes casos:a) Cuando el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción”. En consonancia con el principio asentado por la STS de 13 de julio de 1996²³, el término de residencia habitual recogido en el artículo 40 CC hace referencia al domicilio real de las personas naturales en el que se materializa una voluntad de permanencia. La CC.AA de Islas Baleares responde al criterio invocado por el TS, debido a que la residencia habitual en el momento de la adopción era Palma de Mallorca. Por consiguiente, el derecho aplicable, respetando así mismo el art. 149.1.8 CE y el art. 70.8 del EE.AA de Islas Baleares en el que se regula la adopción como competencia propia de su derecho, será el derecho foral de la CC.AA de Islas Baleares.

1. Requisitos del adoptado y del adoptante.

La institución de la adopción en el derecho foral balear se halla regulada en la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de Islas Baleares; y en el Decreto 40/2006, de 21 de abril, por el que se regulan los procedimientos de acogimiento familiar, de adopción y de determinación de idoneidad. Su legislación se centra en el desarrollo exhaustivo del procedimiento de adopción y en la coordinación administrativa de los registros autonómicos de adopción por parte de los Consejos Insulares, omitiendo contemplar los requisitos necesarios para llevar a cabo la adopción; por lo que acudiremos al CC como derecho supletorio, de acuerdo con el art. 13.2 CC.

A) Requisitos del adoptado

Como regla general el art. 175.2 CC señala que, atendiendo a la finalidad tuitiva de la institución de la adopción, sólo podrán ser adoptados los menores no emancipados. Se admite como excepción la adopción de aquellos que hayan alcanzado la mayoría de edad o la emancipación cuando la adopción se produzca inmediatamente después del alcance de dicha situación y hubieran sido acogidos o convivido de modo estable con el adoptante durante un año como mínimo.

En el apartado tercero del mismo precepto, se enumeran, en atención a la relación que vincula al adoptante y adoptado, los casos en los que no se permite llevar a cabo la adopción. Esta prohibición afecta al descendiente, al pariente en segundo grado

²²BERIAIN FLORES, I. *La adopción del hijo del cónyuge o de la pareja*. Ed Tirant Lo Blanch. Valencia 2014, p. 25-28.

²³STS de 13 de julio de 1996 (TOL5.153.357)

de la línea colateral por consanguinidad o afinidad y al pupilo hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.

La adopción de D. Antonio no reviste ninguna complejidad en relación a este punto, debido a que se ajusta al criterio general de adopción de un menor de edad y no se engloba en ninguno de los supuestos impositivos de la adopción citados con anterioridad. Si bien, parece menester reseñar, que aunque como norma general la adopción extingue las relaciones del adoptando con la familia de origen, en el caso de la adopción del hijo del cónyuge o pareja de hecho persistirán dichos lazos (art. 1783 CC).

B) Requisitos del adoptante

Los requisitos que deben satisfacer los adoptantes se detallan en el artículo 175.1 CC. Dicho precepto establece como requisito principal que el adoptante sea mayor de veinticinco años, a excepción de que la adopción sea conjunta, en cuyo caso se permite que sólo uno de ellos haya alcanzado dicha edad. La exigencia de una especial capacidad de obrar tiene como finalidad asegurar la protección y estabilidad familiar del menor. Para asemejar la figura de la adopción a la filiación por naturaleza (*adoptio natura imitatur*)²⁴ y en favor del interés del menor como enuncia el artículo 9.1 del Convenio Europeo en Materia de Adopción de Menores, se requiere una diferencia de edad mínima y máxima entre el adoptante y adoptado, en concreto, de 16 y de 45 años respectivamente. El CC permite que se sobrepase la diferencia de edad máxima en determinadas circunstancias enumeradas de forma taxativa, entre otras, cuando la adopción se refiere al hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga situación; sin embargo, en el presente supuesto, no será necesario beneficiarse de dicha excepción.

Atendiendo a la fecha en que se llevó a cabo la adopción del hijo de Dña. Leticia, 13 de octubre de 2014, es necesario apuntar que la materia ha sido objeto de reforma en 2015, a raíz de la promulgación de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de la protección de la infancia y la adolescencia, la cual supuso la ampliación de la diferencia de edad de 14 a 16 años e introdujo la diferencia de edad máxima. De acuerdo con el art. 2.3 CC, que impone como norma general la irretroactividad de las leyes, y el art. 9.3 CE, el cual no permite la incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos en situaciones anteriores²⁵, debemos atender a lo expuesto antes de la reforma, es decir, al requisito de diferencia de edad de 14 años. Esto no significa, como aclaran la STC de 17 de diciembre de 2015 y de 29 de noviembre de 1988²⁶, el derecho a un régimen jurídico inamovible ni la petrificación del ordenamiento, sino que la expresión “irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales” se refiere exclusivamente a los derechos adquiridos.

En lo que se refiere al requisito de la edad mínima del adoptante, en el presente caso, no motivará ninguna problemática conforme a derecho, ya que D. Felipe alcanzara los 26 años en el momento de la adopción. Sin embargo, sí se siembra la duda sobre la validez de dicha adopción cuando examinamos el requisito de la diferencia de edad

²⁴BERIAIN FLORES, I. *La adopción del hijo del cónyuge o de la pareja*. cit. pp. 53

²⁵LÓPEZ LÓPEZ, MONTES PENADES, CAPILLA RONCERO, ROCA Í TRIAS y VALPUESTA FERNÁNDEZ. *Derecho Civil. Parte general. Derecho de la Persona*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2003 (TOL164.065).

²⁶STC de 17 de diciembre de 2015 (TOL5.621.306) y STC de 29 de noviembre de 1988 (TOL80.074)

mínima de 14 años, debido a que entre D. Antonio y D. Felipe no subsiste una distancia de edad mayor de 13 años. La Audiencia Provincial de Barcelona en el Auto de 31 de octubre de 2003²⁷ revela que el incumplimiento del requisito de diferencia de edad no admite ningún tipo de excepciones, al igual que la SAP Barcelona de 11 de enero de 2002²⁸ que exclama que “ pese a que no le ofrece duda alguna que la adopción de la menor por parte del instante del expediente podría resultar beneficiosa para la misma, por tratarse de la hija de su actual consorte (...) no puede soslayar ni prescindir de que existe un requisito de capacidad en función de la edad del adoptante de la diferencia de edad entre éste y el/la adoptando/a, el cual es del todo punto imperativo, y por ende, condición “sine qua non” para poder adoptar”.

De acuerdo con el criterio jurisprudencial citado, se puede dictaminar que la adopción de D. Antonio por parte de D. Felipe adolece una causa de nulidad material, pues estamos ante la presencia de un requisito imperativo y “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención” (6.3 CC), lo cual no contradice el carácter de irrevocabilidad de la adopción, ya que la “es inexcusable que concurra el requisito de la diferencia de edad mínima entre adoptado y adoptante conforme previenen los artículos citados” (SAP Barcelona 14 de febrero de 2001²⁹).

1. El procedimiento de adopción

La Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares, en su artículo 92.3 -en términos similares que el 176.1 CC- describe el procedimiento de adopción como aquel que “se constituirá por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés de la persona menor de edad adoptada y la idoneidad de la persona o personas adoptante para el ejercicio de la patria potestad”.

A través de la lectura de dichos preceptos se puede observar que el interés del menor, a pesar de ser un concepto indeterminado, goza de una posición esencial y rectora en el proceso de adopción, en sintonía con el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989. La STS de 31 de julio de 2009³⁰ en observancia a la dificultad de la aplicación de la norma a causa de la imprecisión de dicho concepto, propone como máximas de experiencia o criterios para determinar el interés del menor los siguientes:

1. Observar la capacidad del adoptante para cubrir las necesidades básicas y espirituales del menor de acuerdo a su edad, como alimentación, salud, vivienda, educación, afrontamiento de problemas y evitación de tensiones emocionales.

2. Escuchar los deseos, sentimientos y opiniones del menor de acuerdo a su edad y capacidad de discernimiento.

²⁷AT Barcelona de 31 de octubre de 2003 (JUR 2004\427).

²⁸SAP Barcelona de 11 de enero de 2002 (JUR 2002\86259).

²⁹SAP Barcelona de 14 de febrero de 2001 (ARP 2001\469).

³⁰STS de 31 de julio de 2009 (RJ 2009\4581)

3. Mantener el statu quo material y espiritual del menor (cambio de residencia, colegio, sistema de educación, etc.). En caso de no ser posible se deberá sopesar qué situación es más beneficiosa para el menor.

4. Examinar la edad, salud, sexo, personalidad, ideologías y perspectivas futuras del menor.

5. Valorar los riesgos de la situación actual y la subsiguiente a la decisión.

La aplicación de los criterios citados a la adopción que estemos examinando nos permite afirmar que se constituyó en consonancia con el interés del menor, ya que D. Felipe le proporciona al adoptando una mayor estabilidad económica y de cubrimiento de sus necesidades, el statu quo material y espiritual del menor no se vio afectado a causa de la adopción y, por la redacción de los hechos en la casuística planteada, parece observarse una estrecha relación entre ambos.

A) Inicio del expediente de adopción

El Decreto 40/2006, de 21 de abril, por el cual se regulan los procedimientos de acogimiento familiar, de adopción y de determinación de idoneidad, nos explica de modo riguroso, a través de los artículos 24 y siguientes, el procedimiento de valoración de la adopción en la CC.AA de las Islas Baleares. El proceso comienza con la remisión de la solicitud y la documentación adjunta por parte de los interesados a la entidad competente encargada de examinar las solicitudes el orden de presentación y de preferencia de adopción de aquellos menores que se encuentren en una situación de mayor vulnerabilidad. En el caso de que la solicitud sea aceptada mediante resolución motivada, se incoará el proceso de valoración, en el cual el equipo técnico se entrevistará un mínimo de tres meses con los solicitantes. La fase de valoración tendrá una duración máxima de seis meses y concluirá con la resolución del equipo técnico sobre la idoneidad de los solicitantes.

Dicha propuesta de adopción, previa declaración de idoneidad, por parte de las Entidades Públicas no será necesaria, si concurre alguna de las circunstancias del art. 24 del Decreto 40/2006, en referencia al 176.2 CC, en concreto las siguientes:

- Que el adoptado sea huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.
- Que el adoptado lleve más de un año en guarda con fines de adopción o bajo tutela.
- Que el adoptado sea mayor de edad o menor emancipado.
- Que el adoptado sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal. En el momento de la adopción de D. Antonio la normativa se refería al “hijo del consorte”, hecho que generó una gran tensión doctrinal y jurisprudencial sobre el encaje de las parejas de hecho en este precepto y que procedemos a analizar.

Con motivo de la aprobación de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de la protección de la infancia y la adolescencia, por la que se lleva a cabo una reforma del CC, se consigue una armonía y homogeneidad dentro del ordenamiento jurídico español al integrar explícitamente el procedimiento adopción del hijo de la

parejas de hecho dentro de las excepciones del art. 176 CC. Esta reforma pone fin a la aplicación de criterios jurisprudenciales dispares en los distintos tribunales de las CC.AA, y a las discusiones doctrinales sobre la pertinencia de aplicar la exención de la propuesta previa de la Entidad Pública en la adopción de los hijos de las uniones legales, encabezadas por las diferentes interpretaciones del término consorte y de la disposición adicional tercera de la Ley 21/1987. Ejemplo de la polémica suscitada por la anterior regulación es el AAP Guipúzcoa de 23 de diciembre de 2011³¹, el cual expone que existiendo corrientes jurisprudenciales contrapuestas en orden a determinar el alcance del significado del término consorte, la primera que sólo considera que está exento el que sea el cónyuge del progenitor, como la AP Santa Cruz de Tenerife; y la segunda corriente, la cual es favorable a la extensión de esta excepción a los miembros de la pareja de hecho, como AP Madrid. También se alegaba una tercera vía por parte del sector doctrinal y la jurisprudencia, como AP. Castelló, que incidían en la aplicación analógica de la disposición adicional tercera de la Ley 21/1987 al término consorte cuando las circunstancias e interés del menor así lo aconsejasen.

Como se puede observar, dicha modificación supone un avance en la seguridad jurídica alrededor de la figura de las parejas de hecho, así como una equiparación de los beneficios reconocidos a las parejas unidas por vínculo matrimonial y a dichas uniones legales. A pesar de haber dado un paso más en la salvaguarda de la seguridad jurídica, el disfrute de este beneficio continúa supeditado a la verificación de la existencia de la unión de hecho por aplicación del régimen autonómico que corresponda.³² De acuerdo con el análisis jurídico sobre validez de la constitución de D. Felipe y Dña. Leticia como pareja de hecho en Palma de Mallorca desarrollado en el punto anterior, la constitución de dicha pareja de hecho es un acto nulo a causa de la presencia de un impedimento dirimente, lo que conlleva, a su vez, la declaración de nulidad de la adopción de D. Antonio si se tramitó sin la previa valoración y propuesta de la entidad pública. No obstante, atendiendo a la fecha de inicio de los trámites de adopción, 13 de octubre de 2014, cabe la posibilidad de que la adopción del hijo de la pareja de hecho se tramitara por el procedimiento ordinario, es decir, con la preceptiva valoración y propuesta de la entidad pública; lo cual dependerá de la corriente jurisprudencial que hubiesen adoptado los tribunales de Islas Baleares.

B) Intervenciones para la adopción

La tramitación del expediente de adopción tiene carácter preferente y requiere la intervención del MF. Su incoación comienza a instancia de oficio, mediante la propuesta de la Entidad Pública encargada, o a instancia de parte, por la solicitud del adoptante –que cumplan los requisitos para instarla por sí mismo- acompañada de las indicaciones sobre sus condiciones personales, familiares, sociales y medios de vida. En este punto, dependiendo de la línea jurisprudencial adoptada en 2014 por los tribunales de Islas Baleares, la adopción pudo ser tramitada directamente por D. Felipe presentando todos los documentos acreditativos de su idoneidad para ejercitar la patria potestad o por la Entidad Pública competente de Palma de Mallorca, previo veredicto de idoneidad. Dicha solicitud, como señala el art. 33 de la 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, deberá ser presentada ante al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde la Entidad Pública tenga encomendada la protección del adoptando o del

³¹AAT Guipúzcoa de 23 de diciembre de 2011 (TOL2.546.657)

³²BERIAIN FLORES, I. *La adopción del hijo del cónyuge o de la pareja*. cit. pp. 125-130

lugar del domicilio del adoptante, dependiendo de quién haya instado el procedimiento (en cualquier caso Palma de Mallorca).

A continuación, el Letrado de la Administración de Justicia, deberá examinar la demanda y dictar decreto de admisión en el que se deberá acordar la práctica del consentimiento, el asentimiento y audiencia. El consentimiento de la adopción prestado ante el Juez es un requisito imprescindible que consiste en la declaración de voluntad libre y consciente del adoptante del manifestar su deseo de integrar al adoptado en su núcleo familiar con la condición de hijo³³, y a su vez, de la declaración de voluntad del adoptado, si ya alcanzará los 12 años de edad o disfrutara de la suficiente madurez, de ser integrado en dicho núcleo familiar (art. 93 Ley 17/2006 de la adopción de Baleares y art. 37 LJV. Este último precepto también exige que el cónyuge o la pareja de hecho del adoptante y los progenitores del adoptando presten su asentimiento de la adopción ante el Juez, si no lo hubieran prestado con anterioridad ante la Entidad Pública o en documento públicos seis meses antes. Por consiguiente, D. Felipe y D. Antonio tuvieron que confirmar su voluntad de forma parte del mismo núcleo familiar con el previo asentimiento de Dña. Leticia, no siendo necesario el del otro progenitor a causa de su fallecimiento.

C) Resolución judicial sobre la constitución de la adopción

El expediente se resuelve mediante auto en el plazo de 5 días contados a partir del término de la audiencia, comparecencia e informe del MF (art. 19 LJV) en el que se deberán de tener en cuenta la idoneidad del adoptante para el ejercicio de la patria potestad y el interés del menor. Si el auto adquiere firmeza, ya que es susceptible de recurso, se remitirá al RC para que se practique su inscripción (art. 39.5 LJV)

De acuerdo con la previa exposición del procedimiento de adopción, y como ya se adelantó anteriormente, la validez de la adopción se verá nublada en el caso de que la CC.AA de Islas Baleares en 2014 permitiese aplicar la exención de la propuesta de adopción por la entidad pública a las parejas de hecho, ya que dicha unión legal no ha sido constituida conforme a derecho, y no se aprecia ninguna distinción en el resto del procedimiento. Al contrario de lo que sucede con la nulidad de adopción causada por vulneración del requisito de la diferencia de edad, la cual sólo puede hacerse valer mediante la interposición del recurso correspondiente antes de adquirir firmeza el auto de constitución de adopción, la falta de propuesta previa de Entidad Pública, al configurarse como una infracción procesal de una norma esencial en el procedimiento que provoca indefensión puede alegarse, aunque la adopción sea firme a través del incidente excepcional de nulidad.

Respuesta jurídica notoriamente diferente se podría ofrecer al presente caso si la adopción fuera perfeccionada después de la unión del vínculo matrimonial, gracias a la figura del matrimonio putativo. Aunque la nulidad matrimonial conlleva la extinción del matrimonio y en consecuencia, la presencia de infracciones substanciales y procesales en el procedimiento ante la carencia de la propuesta previa de Entidad Pública, no se invalidarían los efectos ya producidos respecto de los hijos, puesto que “la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y

³³POUS DE LA FLOR, M^a.P. “La adopción”, en AA.VV *Protección jurídica del menor*. L. Tejedor y M^a. P. Pous (coords.). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2017, p. 102-105.

del contrayente o contrayentes de buena fe” (art. 79 CC).³⁴

IV. FUNDAMENTO JURÍDICO TERCERO: LAS CRISIS MATRIMONIALES Y SUS EFECTOS.

Los capítulos VI, VII, VIII y IX del Libro Primero del CC asumen la tarea reguladora de las crisis matrimoniales y de los efectos comunes que generan el ejercicio de la misma. En el presente epígrafe se analizará la posibilidad de Dña. Leticia de instar la acción de divorcio y se propondrá la acción de nulidad como alternativa al mismo, exponiendo posteriormente los efectos que originan dichas acciones, centrándose en especial en la pensión de alimentos.

1. El divorcio

De la regulación de la disolución del matrimonio se encarga el cap. VIII, del Tít. IV del Libro primero del CC. El matrimonio civil se disuelve por muerte, declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges o por el divorcio (art. 85 CC). El análisis jurídico se centrará en esta última forma de disolución del vínculo matrimonial que atiende a la voluntad de uno o de ambos cónyuges de poner fin a su vínculo matrimonial, el divorcio. En observancia a lo dispuesto en los arts. 86 y ss. CC, se puede definir el divorcio como una causa de disolución del matrimonio celebrado válidamente, a petición de un solo cónyuge o de ambos, en virtud de una sentencia, un decreto o una escritura pública ante Notario³⁵. Esta precisión nos ofrece dos criterios diferenciadores del divorcio respecto a la nulidad y a las otras formas de disolución anteriormente citadas, en concreto, las siguientes:

- Ruptura del vínculo matrimonial en vida. Esta característica nos permite diferenciar la disolución del matrimonio por divorcio, de la disolución originada a causa del fallecimiento o la declaración del fallecimiento.

- La validez del matrimonio. Es requisito esencial para poder ejercer la acción de divorcio que el matrimonio se hubiese contraído revistiendo la capacidad, consentimiento y forma exigidos por dicha institución. En caso contrario, el vínculo no estaría válidamente constituido y procede instar la acción de nulidad.

En el epígrafe II, apartado segundo, titulado “El Matrimonio” se analizó la validez del matrimonio de D. Felipe y Dña. Leticia, llegando a la conclusión jurídica de que, aunque el vicio del consentimiento por coacción o miedo grave haya sido convalidado, el matrimonio sigue siendo nulo al constatarse la presencia de un impedimento de capacidad. Por lo tanto, la legitimación de Dña. Leticia para interponer la demanda de divorcio queda supeditada a la convalidación del matrimonio a priori, la cual extingue la acción de nulidad dando lugar a la validez del matrimonio y produce efectos con carácter retroactivo³⁶.

³⁴BERIAIN FLORES, I. *La adopción del hijo del cónyuge o de la pareja*. cit. pp. 387-392.

³⁵BLANDINO GARRIDO, M.A. “El Divorcio.”, en AAVV *Las Crisis Matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio*. A. Álvarez, P. Sánchez y M.A. Blandino (coords.). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2016, p. 145-146.

³⁶LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS. *Principios de Derecho Civil VI. Derecho de Familia*. Ed. Marcial Pons. Madrid 2016, p. 77.

El principio de *favor matrimonii* vela por la conservación de la institución del matrimonio y abre la puerta a la convalidación del matrimonio nulo en aquellos casos que se haya contraído sin la suficiente edad nupcial, bajo miedo o coacción o sin la oportuna dispensa, como en el presente caso, el impedimento de parentesco en tercer grado colateral. El impedimento del art. 47.2 CC se convalida con la concesión de la dispensa ulterior, sin que se haya instado la nulidad por alguna de las partes (cónyuges, MF y terceros) con anterioridad, como recuerda SAP Teruel de 24 de marzo de 2015³⁷.

La solicitud de la dispensa se presenta al JPI del domicilio familiar con expresión de los motivos de índole particular, familiar o social en la que se funda la pretensión, así como la aportación del árbol genealógico de los contrayentes y las pruebas oportunas para demostrar la justa causa que serán practicadas en la comparecencia. Si el Juez encargado de conocer esta cuestión, entendiese acreditada la justa causa, sopesando los años de relación mantenida y la presencia de hijos a cargo, Dña. Leticia ya estaría legitimada para emprender la acción de divorcio.

En la regulación actual en materia del divorcio podemos hablar de dos clases de divorcio³⁸, el divorcio declarado por el juez y el divorcio ante el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario, desde la entrada en vigor de LJV. La tramitación del divorcio ante autoridad judicial es preceptiva cuando el divorcio es contencioso o de mutuo acuerdo ante la presencia de hijos menores de edad no emancipados o con capacidad modificada judicialmente reducida (arts. 81 y 86 CC). Se reserva la vía judicial por decreto o la vía notarial mediante escritura pública, a los divorcios de mutuo acuerdo en los que no se presentan las condiciones anteriores. Este veto tiene su justificación en el hecho de que se permite a los cónyuges adoptar libremente las medidas que estimen oportunas en el convenio regulador, con el único requisito de que sean conforme a derecho a las condiciones legalmente previstas (art. 90 CC). El caso que nos ocupa, deberá conocer el JVM sobre la acción del divorcio, habida cuenta de la situación de Dña. Leticia como víctima de violencia de género y de la presencia de hijos menores, como regula la LOMPIVG.

La existencia de un riesgo para la vida o integridad física de Dña. Leticia, por su condición de víctima de violencia de género, no tiene relevancia a efectos de obtener el divorcio, debido a que 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, elimina el divorcio “causal”. En lo que se refiere a la franja temporal que debe transcurrir para poder solicitar el divorcio, es de 3 meses desde la celebración del matrimonio, si bien, aunque en el presente supuesto Dña. Leticia supera dicho período, el Código Civil en su arts. 81.2 y 86 CC permiten en situaciones análogas a la suya que el cómputo de plazo se vea reducido en los divorcios contenciosos.

Reviste especial complejidad que el divorcio sea tramitado de mutuo acuerdo, (aunque no se prohíbe, sólo está vedada la mediación de acuerdo con el art. 44.5° LO 1/2004) teniendo en cuenta la condición de víctima de violencia de género de la cónyuge y la postura hostil de D. Felipe ante la posibilidad de romper su vínculo – le amenaza con no volver a ver a sus hijos-, por lo que la vía contenciosa se proyecta como la más factible conforme a los hechos. De acuerdo con los cauces legales de la vía

³⁷SAP Teruel de 24 de marzo de 2015 (TOL4.945.741).

³⁸BLANDINO GARRIDO, M.A. “El divorcio.”, cit. p. 146.

contenciosa y siguiendo los trámites del Juicio Verbal, Dña. Leticia, representada por procurador y asistida por letrado, deberá presentar una demanda de divorcio donde conste los hechos y fundamentos de derecho, acompañada de una propuesta de medidas y otras peticiones complementarias, mediante la fórmula de Otrosí, como la petición de medidas provisionales coetáneas a la demanda, respecto a la guarda y custodia, régimen de visitas, el uso de la vivienda familiar, entre otras (art. 773 L.E.C.). El Letrado de la Administración de Justicia examinará la demanda, en concreto la jurisdicción y la competencia, y si se cumplen dichos requisitos procesales se dará traslado al MF y a D. Felipe. La otra parte, D. Felipe, deberá comparecer y contestar, allanarse, oponerse o formular reconvencción en el plazo de veinte días, y a continuación se decretará la fecha en la que tendrá lugar la vista. Los menores podrán ser oídos a petición del Juez, MF, partes, del equipo técnico judicial o del propio menor, si éste fuera mayor de 12 años o disfrutase del suficiente juicio; por lo que, sólo podrá ser llamado D. Antonio, ya que Dña. Lucía sólo tiene 1 año de edad. En el caso de que en la vista las partes no lleguen a un acuerdo respecto a las medidas, o al Juez no le parezcan adecuadas en aras de salvaguardar el interés del menor, se practicarán las pruebas y quedará visto para sentencia. La sentencia deberá ser comunicada por el Letrado de Administración de Justicia y a partir de dicha fecha tendrá efectos frente a terceros (art. 89 CC). Los otros modos de terminación del proceso, la renuncia (por reconciliación), el allanamiento o la transacción se proyectan inauditos ante la complejidad de la situación presente.³⁹

2. Nulidad.

El Capítulo VI, del Título IV, del Libro Primero CC dedica los arts. 73 y ss. a la exhibición de las causas y al ejercicio de la acción de nulidad. La acción de nulidad determina la invalidez del matrimonio ab initio mediante la sentencia judicial cualquiera que sea la forma de su celebración cuando el matrimonio se haya celebrado sin consentimiento matrimonial, sin capacidad, sin la presencia de dos testigos y un testigo cualificado o bajo error, coacción o miedo grave (art. 73 CC). La subsistencia de un impedimento dispensable, pero no dispensado, en la unión matrimonial permite a Dña. Leticia ejercitar la acción de nulidad, ya que “serán considerados partes legítimas quien comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso” (art. 10 LEC). El art. 74 CC dispone que además de los cónyuges, también gozan de legitimación activa el MF (y pasiva) y los terceros con interés en la causa. A pesar de lo expuesto, se articula una excepción en aquellos supuestos en el que el consentimiento se haya prestado bajo coacción o miedo grave, siendo sólo parte legitimada para ejercitar la acción el cónyuge que la sufrió. Por lo que, si no se hubiera producido la convalidación del matrimonio, sólo D. Felipe estaría legitimado para ejercitar esta acción en el plazo de un año tras el desvanecimiento del error o el cese de la fuerza o la causa del miedo (art. 76. 2 CC).

La regla general se basa en la imprescriptibilidad de la acción de nulidad fuera de los casos enunciados en los arts. 75 y 76 CC. Se puede distinguir, de acuerdo con algunas posiciones doctrinales, la nulidad por inexistencia, la cual afectaría a los matrimonios sin el oportuno consentimiento; la nulidad por bigamia y por impedimentos no dispensables, que atienden a la imprescriptibilidad de la acción; y la nulidad por impedimento dispensable, en la cual se defiende la prescripción de la acción

³⁹BELTRÁ CABELLO, C. “Proceso contencioso”, en AA.VV. *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*. M. Linacero (coord.). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2016, p. 554-566.

en un plazo de cuatro años para los vicios del consentimiento y de quince para los supuestos de nulidad absoluta.⁴⁰ En términos similares se ha proclamado la SAP de Huesca de 9 de marzo de 2016⁴¹: “ Pese a que el Código Civil no contiene una regulación sistemática en materia de invalidez matrimonial, parte la doctrina también asume la imprescriptibilidad de la acción de nulidad por inexistencia del matrimonio (matrimonios sin consentimiento, simulación y falta absoluta de forma de celebración) y nulidad por bigamia y por impedimento no dispensable, mientras que la acción para instar la nulidad por concurrir un impedimento dispensable tendría un plazo de prescripción bien de cuatro años para los vicios del consentimiento (artículo 1301 del Código Civil) o bien de quince (ahora sería de (cinco años) para los demás supuestos de nulidad, siempre que según la doctrina, como estamos diciendo”.

La solicitud de nulidad se puede ejercitar en cualquier momento, sin que sea necesario, como en el caso del divorcio, que transcurra un período de tiempo desde la celebración. En lo que respecta al procedimiento de nulidad, seguirá los mismos trámites de juicio verbal que se explicaron en el punto anterior, “El Divorcio” ya que el Capítulo IV, del Título I, de la LEC regula de modo conjunto el procedimiento de separación, divorcio y nulidad. Durante el proceso de nulidad deviene necesario alegar y probar la concurrencia de la causa de nulidad, la cual deberá ser anterior o coetánea a la celebración del matrimonio⁴².

3. Efectos y medidas del divorcio y la nulidad.

La interposición de la demanda de nulidad, separación o divorcio producen “*ope legis*” el cese del deber de convivencia de los cónyuges que conlleva su vez, la decadencia de la presunción de convivencia y la revocación de los consentimientos y poderes que los cónyuges hubieran otorgado, así como la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 102 CC). Con carácter provisional, ante la falta de acuerdo de las partes el Juez determinará, velando por el interés del menor, a qué progenitor le asigna el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos y el uso de la vivienda familiar, fijará la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio y administrará los bienes gananciales y los privativos que estuvieran afectados a las cargas del matrimonio.

Los efectos de la sentencia de nulidad, separación o divorcio se generarán una vez haya adquirido firmeza la sentencia, por ende, cuando no proceda recurso alguno contra la misma por su naturaleza o por haberlo consentido los cónyuges (STS de 18 de marzo de 2008⁴³). La firmeza de la sentencia producirá los siguientes efectos, siendo éstos comunes tanto en proceso de nulidad como en el del divorcio⁴⁴:

- Disolución del régimen económico matrimonial: de acuerdo con los arts. 95, 1392 y 1415 CC la sentencia de divorcio firme produce la disolución *ex lege* del régimen económico matrimonial, la cual atenderá con carácter subsidiario al régimen económico de sociedad de gananciales, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 171

⁴⁰BLANDINO GARRIDO, M.A. “Nulidad matrimonial”, p. 82.

⁴¹SAP Huesca de 9 de marzo de 2016 (TOL5.701.244).

⁴²LINACERO DE LA FUENTE, M. “Nulidad, separación y divorcio”, en AA.VV *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos Sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios*. M. Linacero (dir.). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2016, p. 150.

⁴³STS de 18 de marzo de 2008 (RJ 2008\2941).

⁴⁴LINACERO DE LA FUENTE, M. “Nulidad, separación y divorcio”, cit. p. 171-175.

LDCG. La liquidación del régimen deberá tramitarse mediante el proceso previsto en los arts. 806 hasta el 811 LEC, en defecto de acuerdo entre las partes (STS de 9 de mayo de 2012)⁴⁵.

- Las medidas relativas a los hijos: se determina con carácter de permanencia - aunque revisable- a qué progenitor le corresponde asumir la guarda y custodia, se determina el régimen de visitas y la cuantía de la pensión de alimentos que debe sufragar el cónyuge no custodio, así como el ejercicio de la patria potestad.

- El uso de la vivienda familiar. La atribución del domicilio familiar será objeto de análisis de modo concreto y preciso en el fundamento jurídico quinto.

- Pérdida de los derechos sucesorios y exclusión de llamamiento en la sucesión abintestato y desaparición del derecho a la legítima (art. 945 CC).

La diferencia substancial entre ejercitar la acción de nulidad o de divorcio se advierte en sus efectos característicos. Mientras la nulidad matrimonial provoca la nulidad *ex tunc* del matrimonio, preservando a través de la figura del matrimonio putativo los efectos ya producidos frente a los hijos y al contrayente de buena fe (ej. régimen económico matrimonial o las donaciones por razón del matrimonio); la convalidación, da lugar a que el matrimonio que inicialmente era nulo se convierta en válido y despliegue todos sus efectos. El principio de protección de apariencia y la protección del cónyuge de buena fe, permiten que través de la figura del matrimonio putativo se puedan preservar los efectos ya alcanzados desde la celebración del matrimonio hasta la firmeza de la sentencia de nulidad, cuando se hubiese creado una apariencia objetiva de matrimonio, es decir, una forma pública de matrimonio –por lo tanto, no es aplicable a los matrimonios inexistente, sólo a los nulos-; exista buena fe por algunos de los cónyuges, la cual se presume; los efectos que se obtengan sean estrictamente civiles; y, se haya obtenido la sentencia de nulidad (STS de 13 de mayo de 1983)⁴⁶. Con el fin de salvaguardar el interés del menor y su protección, los efectos frente a los hijos, a pesar de la mala fe de ambos progenitores, se mantienen como señala en el art. 79 CC. Sin embargo dicha norma goza de escasa trascendencia desde la equiparación de los hijos matrimoniales y no matrimoniales con la entrada en vigor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo (108 CC).

En lo que se refiere a la pensión compensatoria, este derecho personal ejercido por el cónyuge que acredita un desequilibrio económico en el momento de la ruptura matrimonial, no se puede hacer valer mediante el proceso de nulidad⁴⁷. El artículo 98 CC sólo recoge la posibilidad de recibir una indemnización cuando haya mediado mala fe por uno de los cónyuges, la cual deber ser demostrada y probada, desvirtuando la presunción de buena fe. Teniendo en cuenta la situación de ama de casa de Dña. Leticia, ejercitar la acción del divorcio (previa convalidación de la dispensa posterior) parece la acción más favorecedora para ella, ya que le correspondería una pensión compensatoria

⁴⁵STS de 9 de mayo de 2012 (RJ 2012\5137).

⁴⁶MARÍN LÓPEZ, M.J. “La nulidad, la separación y el divorcio”, en AA.VV. *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*. R. Bercovitz (coord.). Ed. Bercal S.A. Madrid 2015, p. 78-80.

⁴⁷BELÍO PASCUAL, A.C. *La pensión compensatoria (ocho años de aplicación práctica de la Ley 15/2005, de 8 de julio)* Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2013, p. 26-28.

por el desequilibrio causado como consecuencia de la ruptura del vínculo matrimonial, como reconocen las STS de 14 de julio de 2011 y de 5 de mayo de 2016⁴⁸.

En el caso de que la acción que ejercitara fuera la de nulidad, su condición de víctima de violencia de género en el momento de la declaración de nulidad, le permite el acceso a la pensión de viudedad (aunque no haya recibido la indemnización), siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o constituido nueva pareja de hecho, de acuerdo con la interpretación del TSJG en sentencia de 14 de abril de 2015⁴⁹.

4. Pensión de alimentos

Entre los efectos comunes de la separación, nulidad y divorcio, se encuentra la deuda alimenticia, conocida como pensión de alimentos, que puede establecerse mediante convenio regulador o sentencia en la que el Juez determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos de acuerdo con las circunstancias económicas del progenitor y las necesidades de los hijos. (arts. 92 y 93 CC).

El art. 142 CC nos ofrece una delimitación sobre el concepto de “alimentos”, cuya extensión alcanza a todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad o aún no siéndolo, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. La pensión de alimentos comporta en sí misma una obligación básica recogida en el art. 39.3 CE, el cual reza “que los padres deben prestará asistencia de toda orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”. Dicho amparo constitucional ha sido traducido en el CC, recogiendo en sus arts.142, 154 y ss.las normas generales de obligación de prestar alimentos a los hijos, y de modo específico en los supuestos de procedimiento matrimoniales en los arts. 90-93 y 103, haciendo hincapié en que las situaciones de crisis matrimoniales no eximen a los padres de sus obligaciones para con sus hijos.

El Juez deberá concretar la cuantía de la pensión alimenticia que debe prestar el cónyuge no custodio, de acuerdo con la normativa del derecho común, ya que como emana el art. 38.2 EAG, “a falta de derecho propio de Galicia, será de aplicación supletoria el Derecho del Estado”. En el caso de que dispusiese de regulación propia en esta materia, se atendería al derecho foral gallego de acuerdo con el art. 9.7 CC y la potestativa atención por parte del legislador al Protocolo de la Haya de 23 de noviembre de 2007 para la solución de conflictos interregionales, el cual atiende al lugar de residencia del alimentista.⁵⁰

Este previo acercamiento a los parámetros de la deuda alimenticia, permite advertir el diseño de una interrelación entre la guarda y custodia y la atribución del uso de la vivienda ante la existencia de menores. La yuxtaposición de ambos efectos ocasiona que sea ineludible desarrollar una breve exposición sobre la guarda y custodia, con el fin de llegar a un mayor ahondamiento y comprensión de esta figura y de la atribución del uso de la vivienda, objeto que se examinará en el siguiente epígrafe. La

⁴⁸STS de 14 de julio de 2011 (RJ 2011\5122) y STS de 5 de mayo de 2016 (RJ 2016\2219).

⁴⁹STSJ Galicia de 14 de abril de 2015 (TOL4.851.345)

⁵⁰CASTELLANOS RUIZ, E. “La obligación de alimentos en Derecho Internacional Privado”, en AA.VV. *Grandes Tratados. Tratado de Derecho de la Familia (Volumen I)*. M. Yzquierdo y M. Cuenca (dir.) Ed. Thomsom Aranzadi S.A.U. Pamplona 2015, p. 366.

guarda y custodia de los hijos menores es un deber inherente al instituto de la patria potestad impuesto por el art. 154.1 CC, el cual menciona que la patria potestad se ejercerá siempre en interés de los hijos y comprenderá el deber de velar por ellos y tenerlos en su compañía. El interés del menor será el criterio rector para determinar el cónyuge custodio, por lo que se escuchará a los hijos cuando gozasen de capacidad suficiente. En el este caso, sólo se atenderá al juicio de D. Antonio, ya que Dña. Lucía sólo tiene un año de edad. No obstante, si la adopción es nula, lo es a su vez la filiación, y por consiguiente el único cónyuge que ejercería la patria potestad sería Dña. Leticia y no habría lugar a disputas sobre la guarda y custodia de D. Antonio. También impera como medida garante del interés del menor de forma unánime en los tribunales, la norma general de no separar a los hermanos, hecho que llevaría a la correspondencia de la guarda y custodia de Dña. Lucía a su progenitora en el caso de nulidad del proceso de adopción. Por último, se considera conveniente por la jurisprudencia servirse de informes especialistas en los que se analizará por un lado el interés moral, en referencia a la situación psicológica, espiritual y educativa del menor; y por otro, el interés material, atendiendo a la situación económica del progenitor⁵¹. En este punto, los tribunales centran su búsqueda y observación del progenitor en el que concurren ambos intereses, y en defecto de esta condición se priorizaría el interés moral. La aplicación de este criterio a la casuística expuesta, obligaría al tribunal a hacer balance de la buena situación económica de D. Felipe frente a los escasos medios económicos de la progenitora, y en contraposición, la influencia que D. Felipe estaba ejerciendo sobre D. Antonio, inculcándole unos valores poco respetuosos hacía su madre y las mujeres en general, viéndose agravada esta situación por la consumación de delito de maltrato habitual por parte del progenitor a Dña. Leticia. A tenor de lo expuesto, se puede concluir con certeza, que la guarda y custodia será asumida por la madre, debiéndose destacar la inviabilidad de la custodia compartida a causa de la inmersión de D. Felipe en un proceso penal por atentar contra la integridad física del otro cónyuge y la existencia de indicios de violencia habitual (art. 92.7 CC).

La pensión alimenticia no es equivalente a la obligación de alimentos entre parientes. Aunque ambas se basan en un deber moral y legal impuesto que atiende a principios fundamentalmente éticos, se diferencian una de la otra en que mientras la obligación de alimentos deriva de la obligación de una o varias personas de asegurar la subsistencia de otra u otras con las que le unen lazos de parentesco, en atención a la condición de necesitados⁵²; la deuda alimenticia, no nace a causa de la relación general de parentesco, sino que es un efecto propio de la patria potestad, el cual no necesita la debida acreditación de un estado de necesidad, ya que la relación paterno-filial que les une obliga al cuidado de sus hijos menores de edad con independencia de su situación patrimonial⁵³. Sobre dicha distinción se ha pronunciado el TC, en la sentencia de 14 de marzo de 2005⁵⁴, aclarando que la pensión de alimentos a los parientes sólo descansa en la necesidad perentoria o “para subsistir” de los parientes con derecho a percibirlos

⁵¹BERMÚDEZ BALLESTEROS, M.B. “Criterios para la atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica judicial”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Nº 1, 2001, p. 1859-1862.

⁵²CABEZUELO ARENAS, A.L. y CASTILLA BAREA, M. “La obligación de alimentos como obligación familiar básica”, en AA.VV. *Grandes Tratados. Tratado de Derecho de la Familia (Volumen I)*. M. Yzquierdo y M. Cuenca (dir.) Ed. Thomsom Aranzadi S.A.U. Pamplona 2015, p. 193-318.

⁵³ROMERO COLOMA, A.M. “Pensión alimenticia y pensión compensatoria”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 878, 2014, p. 5

⁵⁴STC de 14 de marzo de 2005 (TOL609.864)

(cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos), la cual puede decaer por motivos económicos o por el comportamiento del alimentista. Por el contrario, respecto a los alimentos de los hijos menores, la Ley no prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos, lo que se extiende no sólo al sustento básico, como en la obligación entre parientes, sino también a todo lo necesario para su mantenimiento, independientemente de su situación de necesidad. Esto trae consigo el deber de mantener un cierto “estatus” al que el menor venía acostumbrado antes de que tuviera lugar la crisis matrimonial, cuyo fin es evitar el desarraigo del menor y conservar su entorno como se emana del art. 96 CC y en atención al principio de “favor filii”⁵⁵. La STS de 21 de octubre de 2014⁵⁶ determina que el “quantum” de la pensión alimenticia debe atender a dos criterios rectores, de un lado los medios y disponibilidad económica de la persona obligada a la prestación y de otra parte las necesidades del menor, conforme al correspondiente estatus o posición social de la familia.

La naturaleza jurídica de la pensión de alimentos que se asienta bajo el principio de solidaridad familiar y el reconocimiento por parte doctrina y jurisprudencia como aquella obligación de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, justifica que se predique un tratamiento jurídico diferente según sean los hijos menores de edad o no, ya que en el caso de los menores de edad, más que ante una obligación alimenticia propiamente dicha lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención (STS de 12 de febrero de 2015), La frontera trazada doctrinal y jurisprudencialmente que separa a los hijos menores de los mayores de edad, alcanza una gran envergadura en esta materia, al presumirse en el primero de los casos la necesidad de alimentos, aunque el menor sea titular de patrimonio⁵⁷. Por consiguiente, la obligación de la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad no es incondicional, sino que se debe acreditar la situación de necesidad o no finalización de los estudios por causa que no le sea imputable.

Una vez que se ha dejado constancia de las diferencias notorias entre la pensión alimenticia de los hijos menores frente a la de los hijos mayores de edad, se procede a examinar con minuciosidad la pensión alimenticia de los hijos menores de edad en consonancia con la casuística planteada. Como ya se adelantó con anterioridad, la obligación de dar alimentos a los hijos menores de edad nace de la filiación, y no se extingue a causa de las crisis matrimoniales ni por la privación de patria potestad (art. 110 CC). Según lo dispuesto en los arts. 145 y 146 CC cuando recaiga sobre dos o más esta obligación deberá ser asumida en forma proporcional al caudal respectivo en base a la aplicación de criterios de equidistancia entre las necesidades del acreedor del derecho y la fortuna del alimentante. Por lo tanto, la filiación de Dña. Lucía y de D. Antonio (si no se declara la nulidad de su adopción, en caso contrario su alimentación será sumida individualmente por Dña. Leticia) obliga a ambos progenitores a prestar alimentos, independientemente del ejercicio de la acción de nulidad o del divorcio; estando legitimado el cónyuge al que se le haya reconocido la guarda y custodia para, en nombre de sus hijos, ejercitar la acción de reclamación de alimentos.

⁵⁵CABEZUELO ARENAS, A.L. “Pensiones de alimentos de los hijos tras separación y divorcio: ¿necesidades auténticas o creadas?”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº. 5, 2009, p. 114-119.

⁵⁶STS de 21 de octubre de 2014 (RJ 2014\5620)

⁵⁷CABEZUELO ARENAS, A.L. “Pensiones de alimentos de los hijos tras separación y divorcio”, cit. p. 113.

A tenor de lo expuesto se pueden mencionar los siguientes caracteres innatos de la pensión de alimentos a favor del hijo menor, los cuales nos ofrecen un mayor conocimiento de esta figura⁵⁸:

a) Por su naturaleza, esta obligación legal es de orden público, en la medida que responde a un interés individual y social, y por ello, no es preciso acreditar que los hijos menores necesitan alimentos, al contrario de lo que sucede con los hijos mayores de edad.

b) Es una obligación e carácter imperativo. La contribución a la pensión de alimentos es preceptiva sin que pueda someterse su pago a término o condición. Este carácter “ius cogens” es el que permite que el Juez deba acordarla de oficio, así como su actualización (art, 93 CC)

c) Goza de una mayor extensión y amplitud que los alimentos debidos al resto de parientes. No se ve afectada por las limitaciones recogidas en el régimen de alimentos de los parientes ni se ciñe sólo a lo indispensable.

d) Se puede acordar de oficio. Los principios dispositivo, de rogación o de aportación de parte del derecho civil son substituidos por el de oficio en consecuencia del “ius cogens”.

e) Es una deuda de valor. No se rige por el principio nominalista, lo que obliga a fijar unas cláusulas de estabilización o de actualización para satisfacer las necesidades del alimentista de acuerdo con las alteraciones del precio de las cosas que afectan directamente a la prestación.

f) Es irrenunciable, indisponible, intransmisible a terceros e imprescriptible. El art. 151 CC prohíbe la renuncia, la transmisión a terceros y la compensación de los derechos de alimentos. Sin embargo, sí permite renunciar a aquellas pensiones atrasadas y transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas. El derecho a percibir y disponer de las pensiones devengadas y no pagadas prescribe a los 5 años de edad (art.1966 CC). De acuerdo con la STS de 4 de diciembre de 2013⁵⁹, los alimentos se deben prestar por el progenitor deudor desde el momento de la demanda y desplegaran, según la STS de 26 de marzo de 2014⁶⁰, su eficacia desde la fecha en que se dicte la primera resolución que fije la pensión de alimentos, la cual podrá imponer el pago desde el momento de la interposición de la demanda. Las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, substituyendo a las ya impuestas.

g) Es un derecho personalísimo. El nacimiento de deuda alimenticia a raíz del vínculo familiar que une al deudor con el alimentista, justifica su extinción a causa del fallecimiento del alimentista o del alimentante.

h) Es una obligación relativa. Al contrario que las obligaciones patrimoniales, es indeterminable dado que su cuantía depende de las circunstancias que concurran, es decir, de la fortuna de alimentante y las necesidades del alimentista (art. 146 CC). La

⁵⁸LINACERO DE LA FUENTE, M. “Alimentos entre parientes” en AA.VV *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos Sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios*. M. Linacero (dir). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2016, p. 64-69.

⁵⁹STS de 4 diciembre de 2013 (RJ 2013\7879).

⁶⁰STS de 26 de marzo de 2014 (TOL4.177.207).

STS de 3 de marzo de 2015⁶¹ ha estimado, ante una situación de dificultad económica, (como podría ser la de Dña. Leticia después del divorcio o la nulidad), que el progenitor debe contribuir un mínimo a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor. En los casos excepcionales de extrema pobreza en que la fortuna de los obligados se ha reducido hasta el punto de no poder satisfacer los alimentos sin desatender a los suyos (art. 152.2 CC), cesará la obligación de alimentos.

i) La obligación de alimentos no podrá prestarse manteniendo en su propia casa a los hijos menores, al contrario que sucede con los hijos mayores de edad.

j) No es compensable ni embargable. El alimentante no puede compensar la obligación de alimentos con los créditos que tenga con el alimentista ni viceversa. En cambio, sí se permiten compensar las pensiones atrasadas. El carácter inembargable restringe el ejercicio de acción de subrogación por parte de los acreedores.

k) Es un derecho inherente a la persona. Por ello, el art. 1814 CC prohíbe la transacción de alimentos futuros.

l) Es una obligación unilateral que deben resarcir los padres a los hijos.

m) Es una obligación mancomunada y divisible. Es proporcional al caudal de cada progenitor y en el caso de que el progenitor custodio carezca de recursos propios puede contribuir con la “aportación virtual”, es decir, a la aportación en especie, este sería el caso de Dña. Leticia hasta que encuentre trabajo o goce de una mayor fortuna.

n) Tiene carácter preferente. Los alimentos del hijo menor gozan de preferencia sobre los alimentos del resto de parientes y son de mayor extensión, ya que no sólo se sustraen a lo indispensable, sino que comprende todo lo que garantice su nivel de vida.

Además de la pensión alimenticia, es obligación de ambos progenitores hacerse cargo de los gastos extraordinarios, por ejemplo los gastos médicos no incluidos en la SS, como serían la ortodoncia o la óptica. Aunque la fijación de la pensión alimenticia sobre el cónyuge no custodio sólo recoja su contribución ordinaria en los términos del art. 142 CC, esto no le exime de la obligación de sufragar los gastos extraordinarios, es decir, aquellos que no pueden ser previstos en la pensión de alimentos y cuyo abono unilateral por uno solo de los cónyuges provocaría un desequilibrio en la equivalencia de contribución personal y económica.⁶² La STS de 11 de marzo de 2010⁶³ se pronuncia a este respecto declarando que una vez que se le acredite al cónyuge no custodio que dichos gastos son imprevisibles, necesarios y no cubiertos por la pensión alimentaria; el abono de los mismos le corresponderá a ambos en función de sus posibilidades económicas. Por lo tanto, a D. Felipe le correspondería abonar una mayor cuantía que a la progenitora. El consenso entre los progenitores sobre los gastos extraordinarios asume un papel esencial con el fin de que el progenitor no custodio puede ejercer la patria potestad y opinar sobre su conveniencia, como se deriva de la STS de 14 de octubre de 2014⁶⁴; si bien dicho consenso será prescindible en aquellos casos en que los gastos reúnan carácter de urgencia (art. 156 CC). El consentimiento se entenderá otorgado tácitamente cuando en un plazo de 10 días no se haya obtenido una respuesta

⁶¹STS de 3 de marzo de 2015 (TOL4.748.228)

⁶²LINACERO DE LA FUENTE, M. “Alimentos entre parientes” cit. p. 695-701.

⁶³STS de 11 de marzo de 2010 (TOL1.798.264).

⁶⁴STS de 14 de octubre de 2014 (TOL4.550.936)

al respecto. A estos efectos parece necesario atender a la clasificación de los gastos extraordinarios efectuada por la SAP de Valencia de 5 de junio de 2006⁶⁵, la cual distingue entre los gastos extraordinarios imprescindibles, cuya necesidad no se puede discutir como una operación; los gastos necesarios, cuya conveniencia no se discute pero depende de las posibilidades económicas de los cónyuges; y, los que son perfectamente prescindibles, los cuales probablemente se realizarían si el matrimonio continuase junto.

De acuerdo con la exigencia de proporcionalidad de la cuantía de la pensión de alimentos en la cual ambos progenitores están igualmente obligados a satisfacer las necesidades de sus hijos menores teniendo en cuenta la situación económica de cada uno, se permite la modificación de la cuantía cuando se haya producido unas alteraciones substanciales. Dicha modificación de la cuantía de la pensión de alimentos (en referencia exclusivamente a los gastos ordinarios, habida cuenta de que los extraordinarios por su propia naturaleza no se pueden computar), será oportuna cuando la regla inicial de proporcionalidad se vea quebrantada, como consecuencia de la variación de las circunstancias de forma grave y con apariencia de permanencia, tanto de las necesidades del alimentista como de la capacidad económica de los alimentantes(STS 8 de marzo de 2017)⁶⁶.

La obligación de alimentos de D. Felipe y Dña. Leticia hacia sus hijos se extinguirá a causa del fallecimiento del alimentante o del alimentista en observancia de su carácter personalísimo, la reducción de la fortuna del progenitor hasta el punto de no poder satisfacer los alimentos sin desatender las suyas propias o que alguno de los menores o la menor (dependiendo de la validez o no de la adopción de D. Antonio) hayan o haya adquirido la mayoría de edad, finalizando sus estudios y desaparezca la necesidad de los alimentos (arts. 150 y 152).

V. FUNDAMENTO JURÍDICO CUARTO: CONTINUACIÓN EFECTOS CRISIS MATRIMONIALES. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

La atribución del uso de la vivienda familiar es otro efecto a raíz de la separación, nulidad o divorcio que debe determinar el Juez en la sentencia, substituyendo a las medidas provisionales, y en defecto de convenio regulador, como señala el art. 90 CC. La SAP de Córdoba de 10 de mayo de 1993⁶⁷ se ha encargado de delimitar y esclarecer el concepto de vivienda habitual, ante el empleo por parte del legislador de otras expresiones que se referían a la misma situación, como “vivienda familiar”, “vivienda habitual”, “vivienda donde tiene la residencia habitual” u “hogar familiar”. Dicha Audiencia concreta que el concepto de vivienda familiar “ha de tratarse de un lugar, susceptible de servir de cobijo destinado a alojamiento y que ha de ocuparse por la familia con habitualidad” y debe tratarse “de un inmueble urbano habitable (...), que esté destinado habitualmente a la vivienda y que el destino de la vivienda sea familiar, esto es, que esté afecto a las necesidades de los miembros de la

⁶⁵STS de 8 de marzo de 2017 (RJ 2017\702).

⁶⁶JIMENEZ LINARES, M.J. “La modificación de la pensión de alimentos a hijos menores por alteración de las circunstancias”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil* vol. III., Nº 3, 1999(BIB 1999\1272)

⁶⁷SAP Córdoba Sentencia de 10 mayo 1993 (AC 1993\1050).

familia y no de un solo de ellos”. El piso de Lugo, sito en la Avda. de A Coruña nº 10, respondería a este parámetro, dado que la familia lleva viviendo más de dos años en la misma, es un bien urbano habitable y en principio, se presume, que atiende a las necesidades de toda la familia.

El art. 96 CC regula la atribución de la vivienda familiar en los casos de nulidad, separación o divorcio, disponiendo que en defecto de acuerdo, el juez debe pronunciarse obligatoriamente sobre el uso de la vivienda familiar y con ella, el del ajuar doméstico. Este precepto formula como criterio imperativo atribuir el uso de la vivienda al cónyuge en cuya compañía queden los hijos menores o incapacitados, y faculta al Juez, ante la ausencia de hijos o si éstos ya han alcanzado la mayoría de edad, a adjudicar durante un tiempo prudencial, el uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular cuando su interés fuera el más necesitado. Este derecho de uso, debido a la íntima conexión entre la protección a la familia y la vivienda familiar, goza de amparo constitucional a través del art. 39 CE. Dichas directrices conllevan a que con frecuencia la titularidad dominical de la vivienda no coincida con el uso atribuido en la resolución judicial, planteándose un conflicto de intereses⁶⁸. En la presente exposición nos centraremos en la atribución referida al 96. 1 CC basado el principio favor filii, debido a la presencia de hijos menores afectados por la crisis matrimonial.

La concesión de la guarda y custodia a la progenitora conlleva el reconocimiento automático del uso de la vivienda familiar como consecuencia del carácter imperativo del art. 96 CC en el que el legislador ya ha ponderado cual es el interés más digno de protección, sin que dicha decisión quede a merced del juez. Sobre el reinado del carácter imperativo del art. 96.1 CC ante la presencia de hijos menores o con capacidad modificada se ha pronunciado la AP de Madrid mediante sentencia de 28 de febrero de 1992⁶⁹, exclamando que “el art. 96 del Código Civil, también en defecto de acuerdo entre los cónyuges, confiere al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, disposición legal imperativa que no deja opción a este Tribunal, salvo que, claro está, las partes, ejercitando el prioritario criterio de atribución, que la ley radica en su voluntad coincidente”. La protección de la vivienda familiar en presencia de menores guarda su justificación en la estrecha relación del deber del titular de la patria potestad de sufragar los alimentos, dentro de los cuales se encuentra la habitación, y en la salvaguarda del interés superior del menor que reproduce la imposibilidad de establecer alguna limitación sobre la atribución del uso de la vivienda, ya que supondría la vulneración de los arts. 14 y 39 CE y de la LOPM (STS de 3 de abril de 2014)⁷⁰

A pesar del carácter categórico de la norma, la jurisprudencia ha entendido que cabe la posibilidad de excepcionar la atribución del uso a los hijos menores, cuando el progenitor custodio disponga de otra vivienda habilitada para satisfacer las necesidades del menor y en la que convive con ellos, que el cónyuge custodio y los hijos residan en otra ciudad distinta o que a posteriori se produjese un cambio en la guardia y custodia⁷¹. Dichas situaciones no se reproducen en el supuesto a analizar, por lo que se seguirá atendiendo a la atribución de la vivienda al cónyuge custodio y a los hijos. En el

⁶⁸FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M. “La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular. Examen del artículo 96 del Código Civil”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 10, 2010 (BIB 2010\2959)

⁶⁹SAP Madrid de 28 febrero de 1992 (AC 1992\335).

⁷⁰STS de 3 de abril de 2014 (RJ 2014\1950).

⁷¹ MONTERO AROCA, J. *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2002 (TOL208.895)

supuesto de que Dña. Leticia abandonase el hogar en compañía de sus hijos antes de llevarse a cabo el divorcio o la nulidad, no se podría comprender dicho acto como una renuncia cuando existen menores, máxime si el abandono es derivado de una situación de necesidad a causa de la presencia de violencia en el domicilio, así lo fundamenta la SAP de Toledo de 13 de noviembre de 1998⁷².

Es necesario sopesar la incidencia del derecho de la propiedad frente al uso de la vivienda familiar. El domicilio familiar se construyó en torno a una donación por razón del matrimonio a título individual a unos de los contrayentes, en concreto, a D. Felipe, cuyo donante es un tercero, su madre. Cuando la donación se efectúa a título individual corresponde la propiedad exclusivamente a dicho cónyuge, no siendo parte del régimen de sociedad de gananciales impuesto en el derecho foral de Galicia ante la ausencia de acuerdo o pacto al respecto. El art. 180.2º LDCG advierte que las donaciones realizadas por terceros podrán ser revocadas por nulidad, separación o divorcio de los cónyuges, si los mismos bienes donados estuvieran en poder de los cónyuges. En conexión con la previsión recogida en dicho precepto, se debe atender al criterio expuesto por art. 1343 CC –ante la ausencia de norma reguladora en el derecho foral de Galicia- el cual entiende que las donaciones por parte de terceros a razón del matrimonio podrán ser revocadas si se produce la nulidad del matrimonio, pues dicha acción se equivale al incumplimiento de cargas, con independencia de la buena o mala fe que procesen los cónyuges. En lo que respecta a la separación y el divorcio, con la entrada en vigor de la Ley 15/2005 desaparece la declaración de culpabilidad, hecho que genera la imposibilidad de revocación de la acción por la ruptura imputable al donatario⁷³. La revocación de la donación dependerá de la acción que decida ejercitar Dña. Leticia e influirá en la naturaleza de la vivienda, sin embargo se ha afirmado doctrinal y jurisprudencialmente la nula incidencia de la naturaleza de la vivienda en la atribución del uso de la vivienda al cónyuge que porte la guarda y custodia de los menores.⁷⁴ Como ejemplo ilustrativo, se pueden mencionar la SAP de Valencia de 15 de abril de 1992⁷⁵ “el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Se trata de una formación general, donde el legislador no distingue si la vivienda cuestionada es ganancial, es propiedad privativa de alguno solo de los consorte, o es simplemente ocupada en régimen de alquiler”.

La sentencia de divorcio o nulidad confiere a Dña. Leticia, mediante título que legítima la transformación de la coposesión en posesión única, un derecho de carácter familiar, pero no un derecho real.⁷⁶ La STS de 14 de enero de 2009⁷⁷ pone fin a la discusión doctrinal y jurisprudencial en torno al alcance de esta figura señalando que en atención a “la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de

⁷²SAP Toledo de 13 de noviembre de 1998 (AC 1998\8322).

⁷³COSTAS RODAL, L. “El matrimonio y su economía”, en AA.VV. *Manual de derecho civil. Derecho de Familia*. R. Bercovitz (coord.). Ed. Bercal, S.A. Madrid 2015, p. 142.

⁷⁴FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M. “La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular. Examen del artículo 96 del Código Civil”, cit. (BIB 2010\2959).

⁷⁵SAP Valencia de 15 de abril de 1992 (AC 1992\526).

⁷⁶PANIZA FULLANA, A. “Atribución del uso de la vivienda familiar «versus» derecho de propiedad (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2013)”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. 1, Nº. 9 (enero), 2014, p. 85-96.

⁷⁷STS de 14 de enero de 2009 (RJ 2010\2323).

carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009)”.

La conservación de D. Felipe del derecho de propiedad de la vivienda familiar como propietario único no sustentaría ningún obstáculo para el uso de la vivienda familiar conferido por la autoridad judicial, dado que el art. 96 CC protege al cónyuge no titular de la vivienda, impidiendo al titular disponer de la misma por voluntad unilateral, exigiendo el consentimiento de ambos cónyuges o autorización judicial. En caso contrario, para la protección del uso de la vivienda familiar se legitima al cónyuge no titular para emprender la acción de anulabilidad⁷⁸. Sin embargo la presencia de terceros propietarios, en el presente caso los padres de D. Felipe, si genera una mayor polémica dado que la vivienda familiar vería modifica su naturaleza por la de precario o comodato, situación que no altera la atribución del uso de la vivienda familiar, pero que permite al propietario recuperar la posesión a través del ejercicio de la acción de desahucio por precario o rescatarla una vez que haya desaparecido el motivo que originó la cesión de su uso. La STS de 30 de junio de 2009⁷⁹ ha dispuesto que “a) Que en los casos en que una vivienda se ha cedido a título gratuito y sin limitación temporal alguna, para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato, se ha de comprobar (obviamente a falta de plazo) si fue cedida para un uso concreto y determinado, uso que ha de ser siempre y en todo caso específico, y no simplemente el genérico y propio de la cosa según su destino, debiendo la relación jurídica constar de forma clara, con independencia de que pueda deducirse o resulte implícitamente de los actos de las partes; y b) En los casos de reclamación por su propietario de la vivienda que ha cedido sin título concreto y de forma gratuita a un hijo, para su uso como hogar conyugal o familiar, cuando posteriormente el vínculo conyugal se rompe y el uso y disfrute de la vivienda se atribuye por resolución judicial a uno de los cónyuges, es aplicable la doctrina jurisprudencial siguiente "La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial”.

De acuerdo con el presente análisis jurídico sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, podemos reflejar los siguientes caracteres distintivos⁸⁰:

a) Provisionalidad: como ya se adelantó, la atribución de la vivienda familiar no es de carácter vitalicio, sino transitorio. Así lo recoge la STS de 10 de febrero de 2006 exclamando que el mantenimiento de la eficacia del derecho de uso con carácter indefinido atentaría contra el carácter esencial de provisionalidad y temporalidad de la atribución de uso de la vivienda familiar.

⁷⁸MARIN LÓPEZ, J. M. “Efectos comunes a la nulidad, a la separación y al divorcio”, en AA.VV. *Manual de derecho civil. Derecho de Familia*. R. Bercovitz (coord.). Ed. Bercal, S.A. Madrid 2011, p. 119.

⁷⁹STS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009\4244).

⁸⁰SÁNCHEZ ALONSO, M. “Atribución del uso de la vivienda familiar”, en AA.VV. *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos Sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios*. M. Linacero (dir). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2016, p. 727-730.

b) Oponibilidad a terceros: la STS de 22 de abril de 2004⁸¹ confirma que el derecho de uso de la vivienda familiar es oponible frente a terceros y por lo tanto, inscribible la limitación de su disposición en el Registro de la Propiedad para paliar la adquisición de la vivienda por terceros de buena a los que se refiere el art. 34 de la Ley Hipotecaria.⁸² Dicha posible inscripción en el registro no significa que la atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda extinga la situación de precario o enervación de la acción de desahucio, pues la resolución judicial de atribución de uso de la vivienda no constituye un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas del matrimonio ni reconoce una protección posesoria superior a la situación de precario.

c) No altera la titularidad dominical: la atribución del uso de la vivienda por resolución judicial protege el derecho de uso que poseía la familia, pero no genera un derecho antes inexistente. Su finalidad es conservar el alojamiento de la familia tras la quiebra matrimonial, no conferir derechos superiores de los que derivan del título de ocupación.

d) Habitualidad: es uno de los elementos definidores de la vivienda familiar que excluye a las segundas viviendas, a las de mero recreo y a los locales de negocios, como recoge la STS de 31 de mayo 2012⁸³.

El art. 96 CC reconoce que la atribución del uso de la vivienda familiar se extiende a la propia vivienda y al ajuar doméstico que está depositado en la misma, es decir, ropas, mobiliario y enseres (1321 CC), debiéndose proceder a un previo inventario de los bienes y objetos que continuarán en la vivienda familiar y los que se ha de llevar el otro cónyuge⁸⁴. Como explica la SAP de Baleares de 2 de marzo de 1999⁸⁵ hasta que no se liquide la sociedad de gananciales se debe atribuir al que se le ha otorgado por resolución judicial el título de uso, los objetos de uso ordinario de la vivienda, pudiendo el otro cónyuge llevarse del domicilio su ropa o herramientas del trabajo. La facultad de ocupar el inmueble se correlaciona con la obligación del beneficiario de dicho uso de hacerse cargo de los gastos inherentes a la ocupación, que no reportan beneficio alguno al otro cónyuge, y que son originadas por quien viven en el domicilio. La carga de los gastos debe ser definida en la sentencia de nulidad o divorcio, correspondiéndole al cónyuge beneficiario del uso de la vivienda los gastos inherentes a su uso, como la luz, el agua, el gas, la tasa recogida de basuras o de mantenimiento y conservación; y los gastos de la comunidad⁸⁶, ya que estos no pueden ser equiparados al pago de préstamos hipotecarios, los cuales son asumidos por el titular de la propiedad (SAP de Navarra de 27 de octubre de 1998⁸⁷).

Por consiguiente, los gastos serán asumidos por Dña. Leticia cuando estén

⁸¹STS DE 22 de abril de 2004 (RJ 2004\2713)

⁸²MARIN LÓPEZ, J. M. “Efectos comunes a la nulidad, a la separación y al divorcio”, cit. p.113-115.

⁸³STS de 31 de mayo de 2012 (TOL2.558.081).

⁸⁴BLANDINO GARRIDO, M.A. “Tratamiento de las concretas medidas definitivas derivadas de las sentencias matrimoniales”, en AA.VV. *Las Crisis Matrimoniales. Nulidad, Separación y Divorcio*. A. Álvarez, P. Sánchez y M.A. Blandino (coords.). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2016, p. 330.

⁸⁵SAP Baleares de 2 de marzo de 1999 (AC 1999\628).

⁸⁶MONTERO AROCA, J. “El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales”. cit. (TOL208.896)

⁸⁷SAP Navarra de 27 de octubre de 1998 (AC 1998\2357)

ligados al uso del inmueble y a D. Felipe los que se deriven de la propiedad del inmueble, como el pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles o las cuotas extraordinarias de la comunidad de propietarios.⁸⁸

VI. FUNDAMENTO JURÍDICO QUINTO: EL DELITO DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y VIOLENCIA HABITUAL.

1. Violencia de género.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género en su artículo primero define la violencia de género como aquella “manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, que se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”. Por lo tanto, la violencia de género se refiere a la violencia ejercida contra una mujer por su condición de mujer y por el papel de sometimiento que se le ha otorgado tradicionalmente.⁸⁹ Dicha misma LO en su precepto tercero nos aproxima a los tipos de violencia de género y sus dimensiones reflejando que “comprende todo acto de violencia física o psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”.

A lo largo del territorio español, las Comunidades Autónomas que forman parte del mismo, han contemplado un concepto más extensivo de violencia de género en sus distintas leyes para la prevención y lucha contra la misma. La CC.AA de Galicia, mediante la aprobación de la Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género, define en su art. 1.2º la violencia de género como cualquier acto violento o agresión, basado en una situación de desigualdad en el marco de un sistema de dominación de los hombres sobre las mujeres, que puede desarrollarse de acuerdo con el precepto tercero en forma de violencia física, psicológica, económica, sexual, de abusos y acoso sexual, trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual o cualquier otra forma de violencia recogida en los tratados internacionales que menoscabe la dignidad, integridad o libertad de las mujeres.

Como se puede observar, el concepto de violencia de género recogido por la CC.AA no sólo alberga a las relaciones afectivas, sino a todas aquellas situaciones de poder y dominación de los hombres sobre las mujeres cuya base es la desigualdad. Su ámbito de protección también es mucho más amplio, ya que no sólo se ponderan las lesiones efectivas de bienes jurídicos, sino también las situaciones de riesgo y daño potencial que se derivan, estableciendo, a su vez, una cláusula de apertura para evitar que quede alguna conducta fuera de su previsión. La razón de este criterio diferenciador entre la regulación estatal y la autonómica se debe a la función que le corresponde asumir a la LOPIVG de tutela penal, puesto que un enfoque tan amplio en la óptica

⁸⁸LINACERO DE LA FUENTE, M. “Atribución del uso de la vivienda familiar” en AA.VV *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos Sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios*. M. Linacero (dir.). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2016, p. 765-768.

⁸⁹RAMOS VÁZQUEZ, J.A. “Los diferentes conceptos de violencia de género en la legislación estatal y autonómica”. Recuperado de: <http://www.ecrim.es/publications/2010/ViolenciaGenero.pdf>

penal podría resultar contraproducente por excesivo⁹⁰.

Por lo tanto, para la consumación de un delito de violencia de género es necesario que la lesión al bien jurídico protegido se haya consumado por un hombre, cuya víctima sea la mujer a la que está o estaba ligado por vínculo matrimonial o análoga relación afectiva, y motivado por una relación de poder del autor frente a su víctima. La relación de D. Felipe y Dña. Leticia se adecuaría a dichos términos, dado que mantienen una relación conyugal o en caso de nulidad de su matrimonio, de análoga afectividad, en la que la subordinación de la mujer frente al hombre es latente, consumando por D. Felipe los actos constitutivos de delito cuando su pareja se resiste a aceptar la situación del control y poder a la que la tiene sometida.

Una vez que se ha clarificado el concepto de violencia de género, así como su alcance jurídico, es necesario proceder a la calificación jurídica de los hechos delictivos por D. Felipe, en su afán de control y sometimiento a Dña. Leticia para mantenerla atrincherada en la posición de eslabón débil.

A) Delito de violencia en el ámbito familiar

El bien jurídico protegido en los delitos de lesiones, recogidos en el Título III del Libro II del CP, es la salud en su vertiente física y psíquica, el cual a su vez goza de la protección constitucional a través del art. 15 CE, el cual reconoce como derecho fundamental la integridad física y moral. Los hechos acaecidos el día 13 de marzo de 2016 - en los cuales se centrará este epígrafe- y el 16 de junio de 2016 - examinados en el epígrafe posterior- por D. Felipe atentan contra el bien jurídico de la salud de Dña. Leticia y por ello, son merecedores de la protección de la tutela penal. La desaparición del Libro III del CP relativo a las faltas, a causa de la reforma del CP de 2015, con entrada en vigor el 1 de enero de 2015, y por consiguiente, aplicable a los hechos de los que se está conociendo, tiene como consecuencia una conversión casi general en delitos leves, y con ellos un aumento de la cuantía de la pena, la cual en materia de violencia de género sólo afectaría al maltrato de obra, ya que la consumación de la anteriormente denominada falta de lesiones, ya había sufrido con antelación la transformación a delito mediante la respectiva reforma del art. 153.1 CP⁹¹

En fecha 13 de marzo de 2016, tras una acalorada discusión entre los integrantes de la pareja, D. Felipe decide poner fin a la misma propinándole un empujón a Dña. Leticia, sin que ni siquiera el estado de gestación de su cónyuge sea óbice para consumir dicha acción. El médico, tras examinar al feto y corroborar que no ha sufrido ninguna lesión a causa de la agresión, le receta a Dña. Leticia analgésicos para paliar el dolor originado por la comisión de dicho acto violento. Estos hechos se corresponden con la conducta tipificada en el art. 147.2 CP, el cual sanciona “al que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses”. De acuerdo con la STS de 4 de noviembre de 2008⁹² la ingesta de analgésicos se corresponde con la concurrencia de

⁹⁰RAMOS VÁZQUEZ, J.A. “Los diferentes conceptos de violencia de género en la legislación estatal y autonómica”. Cit. <http://www.ecrim.es/publications/2010/ViolenciaGenero.pdf>

⁹¹CERVELLÓ DONDERIS y CHAVES PEDRÓN. “Violencia de género y violencia doméstica (arts. 153.1, 173.2 y 173.4)”, en AA.VV *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. Actualizada con la corrección de errores (BOE 11 DE JUNIO DE 2015). 2ª EDICIÓN*. A. Matallín, El. Górriz y J.L. González (coords.) Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2015, p. 503.

⁹²STS de 4 de noviembre de 2008 (TOL1.415.389).

una primera asistencia facultativa, pero no un tratamiento médico: “tomar analgésicos no se puede integrar en el concepto de tratamiento médico, el cual de modo habitual irá acompañada de otros menoscabos físicos objetivados por dictamen médico; pero, que su ingesta durante tres días no se puede considerar como tratamiento médico”. En el presente caso, nada se dice al respecto del período de tiempo durante el cual se deben tomar dichos analgésicos, a pesar de esto, teniendo en cuenta el poco alcance de la entidad de las lesiones y la ingesta de los mismos como método paliativo para el dolor, se puede estimar, en concordancia con la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia, que los hechos descritos se ajustan a tipo atenuado de lesiones del art. 147.2 CP, y no a las lesiones de tipo básico.

De acuerdo con la condición de víctima de Dña. Leticia, la consumación de dicho delito de lesiones ostentará la calificación de delito menos grave, debido a que el art. 153.1 CP castiga con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, así como a la privación del derecho de la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años -dejando a la potestad del Juez, atendiendo al interés del menor, la privación de la patria potestad, tutela, curatela o guarda y acogimiento-, cuando la ofendida de la lesión de menor gravedad –como a continuación- o de maltrato de obra sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya ligada al agresor por análoga relación afectividad aún sin convivencia. También se prevén penas superiores si el agraviado es alguna de las personas del 173.2 CP, aunque no se equipara al endurecimiento de las penas del primer grupo antes mencionado. Esta cuestión fue objeto de recurso de inconstitucionalidad en 2008, entendiendo que atentaba contra el principio de igualdad del art. 14 CE por la evidente disparidad de penas dependiendo de si es el hombre el que ejerce la violencia sobre la mujer o viceversa. El TC desestimó la cuestión de inconstitucionalidad justificando que el arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de pareja provoca que sea necesario una mayor protección de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres⁹³.

B) Delito leve de tipo básico agravado:

El día 16 de junio de 2016, D. Felipe, en estado de embriaguez y con la motivación de silenciar las quejas y réplicas de Dña. Leticia, le infringe varios golpes consecutivos que la propiciaron al suelo ocasionándole un esguince en el pie derecho y daños en las cervicales que necesitaron, de acuerdo con la prescripción médica, la ingesta de analgésicos para el dolor, la inmovilización del pie derecho mediante un vendaje y el uso de collarín Esta conducta delictiva merece la calificación jurídica de delito de lesión de tipo básico.

El art. 147.1 CP contempla que ha cometido un delito de lesión de tipo básico el que por cualquier medio o procedimiento cause a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental y necesite para su curación una primera asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico. El acto de causar una lesión se reproduce a través de dicho precepto como una acción típica de medios indeterminados, ya que se permite la consumación de la conducta delictiva “por cualquier medio o procedimiento”; en el presente caso se ha empleado la fuerza física produciendo daños cervicales y un esguince a la víctima. Para la aplicación de este delito, también es

⁹³STC de 14 de mayo de 2008 (TOL1.315.315).

necesario que “la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico”. La STS del 7 de julio de 2003⁹⁴ asume la tarea dilucidadora de dichos términos indeterminados, aclarando que:

-La primera asistencia facultativa equivale al inicial diagnóstico o exploración médica. En el presente caso se correspondería con la evaluación del médico de los daños cervicales y el esguince del pie derecho.

- El tratamiento médico se debe entender como la planificación de un sistema de curación o un esquema médico prescrito por un titulado en medicina, con finalidades curativas. En consonancia con dicha definición de tratamiento médico, el uso preceptivo de collarín cervical adquiere la condición de tratamiento médico, de acuerdo con el criterio expuesto por la jurisprudencia mayor, ejemplo de ello es la STS de 17 de octubre de 2012⁹⁵ que recuerda que “la doctrina de esta Sala ha declarado que la colocación de un collarín cervical debe valorarse como tratamiento médico consistente en la inmovilización necesaria para la sanidad”; y por la jurisprudencia menor, como la SAP de Ciudad Real de 5 de marzo de 2014 que explica que el porte de un collarín cervical, de una férula o de una escayola constituye un sistema curativo, o reductor de las consecuencias cuando la lesión no sea totalmente curable, prescrito con tal finalidad curativa por un titulado en medicina y aunque ese tratamiento se encomiende a auxiliares sanitarios o se imponga al mismo paciente. En lo que se refiere al esguince en el pie derecho, también debe ser encuadrado en el presente artículo, dado que el proceso de rehabilitación es un método de tratamiento médico prescrito por un facultativo, independientemente de que sea el propio paciente quien realice la rehabilitación, como aclara la STS de 10 de abril de 2002⁹⁶.

-El tratamiento quirúrgico consiste en la realización de cualquier intervención médica de esta naturaleza, ya sea mayor o menor, siempre que sea objetivamente necesaria para reparar el cuerpo humano o para corregir cualquier alteración funcional u orgánica como causa de las lesiones. Dicho tratamiento quirúrgico no ha sido necesario en las lesiones que estamos examinando, no obstante sólo se requiere que se dispense uno de los dos tratamientos para encajar la acción en el delito de lesiones del art. 147.1 CP.

Esta conducta delictiva se castiga con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis meses a doce meses, cuya condena podrá ser elevada con la pena de prisión de dos a cinco años si el Juez potestativamente, atendiendo al resultado causado o riesgo producido, decide aplicar el agravante de violencia de género del art. 148.4° CP. Dependiendo de la cantidad de ingesta de alcohol de D. Felipe también podrá valorar el Juez la aplicación de una eximente incompleta o atenuante por cometer la infracción penal bajo el consumo de bebidas alcohólicas (20.2° y 21.1° CP respectivamente).

C) Delito de amenazas leves en el marco de la violencia de género:

El Capítulo II del Título VI del Código Penal se encarga de tipificar los delitos de amenazas cuyo bien jurídico digno de protección es la libertad de la formación de la

⁹⁴STS de 7 de julio de 2003 (TOL4.921.153)

⁹⁵STS de 17 de octubre de 2012 (RJ 2012\10552).

⁹⁶STS de 10 de abril de 2002 (TOL155.918).

voluntad⁹⁷. Dicho bien jurídico fue atentado el día 13 de marzo de 2016 cuando Dña. Leticia es advertida por su cónyuge o pareja de análoga afectividad que es libre de irse, pero si lo abandona no volverá a ver a sus hijos. La ambigüedad e imprecisión de dicha amenaza abre la posibilidad de calificar jurídicamente dicha conducta como una amenaza condicional reconocida en el art. 169.1 CP, interpretando que la amenaza del mal se refiere a atentar contra la vida o integridad física o moral de los menores si Dña. Leticia pone fin a su relación, o una amenaza leve recogida en el art. 171.4 C.P. Si se efectúa un examen del contexto de los hechos a nivel general, todo parece indicar que estamos ante un delito leve de amenaza en el marco de la violencia género, debido a que los hechos delictivos enunciados se dirigían hacia Dña. Leticia, sin que se mencione ningún acto o intención por parte del agresor de ejecutar acciones lesivas hacia los menores.

La SAP de Badajoz de 16 de mayo de 2017 define el delito de amenaza como aquella acción de “dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal”. Este delito de mera actividad tiene como fin imponer al sujeto pasivo la realización de un acto o cumplir una conducta en contra de su voluntad⁹⁸. La acción tipo de dicho delito se adecuaría a los hechos sufridos por Dña. Leticia, ya que ella fue amedrentada con no volver a ver a sus hijos, sino continuaban manteniendo la relación romántica con el agresor. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido los siguientes requisitos para apreciar la comisión de un delito de lesiones:

- El anuncio ha de hacerse de un mal futuro.
- El mal anunciado ha de ser posible.
- La ejecución del mal ha de depender de la voluntad del autor.
- El mal ha de ser susceptible de producir una intimidación.
- Ha de concurrir el deseo de atemorizar al sujeto pasivo.

En la presente casuística dichos requisitos se ven cumplidos porque el deseo de D. Felipe no es separar a la progenitora de sus hijos, sino obligarla a continuar su relación de afectividad; el anuncio del mal puede llevarse a cabo por ejemplo solicitando la guarda y custodia de los menores y restringiendo el régimen de visitas lo máximo posible, lo que en sí mismo conllevaría a una separación de sus hijos; y, generó una intimidación en el sujeto, ya que Dña. Leticia seguía conviviendo con él después de el empujón recibido y la manifestación de dicho mal.

El delito leve en el marco de violencia de género se caracteriza por castigar al “que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad aún sin convivencia”. Por consiguiente, en dicho precepto sólo se castigan las amenazas manifestadas por el hombre a la mujer en la que concurren dichas circunstancias afectivas citadas, imponiéndose la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, con la posible adhesión de privación para el ejercicio de la patria potestad si el Juez lo considera que beneficia al interés del menor. Este delito de amenazas agravado por la violencia de género, también fue objeto de

⁹⁷DIÉZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos de lesiones*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2001 (TOL24.364)

⁹⁸SAP Badajoz de 16 de mayo de 2017 (TOL6.141.211).

cuestión de inconstitucionalidad por apreciarse la vulneración al principio de proporcionalidad e igualdad, siendo inadmitido en términos similares al interpuesto por el art. 153 CP (STC de 19 de febrero de 2009).⁹⁹

2. Violencia habitual:

El delito de violencia habitual se ubica en el Título VII del CP, cuya rubrica es “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”. Dicha ubicación nos permite advertir cual es el bien jurídico que se pretende proteger en el delito de violencia habitual, el cual no es otro que la integridad moral. El bien jurídico de la integridad moral está íntimamente ligado al concepto de dignidad humana defendido y consagrado por la CE, como manifiesta la STS de 18 de abril de 2002¹⁰⁰ al recalcar que “el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad –art. 10–, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes –art. 15– y en el derecho a la seguridad –art. 17, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos del art. 39”.

El art. 173.2 CP castiga al que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre los siguientes sujetos:

a) El cónyuge, ex-cónyuge o persona con la que mantiene o ha mantenido una análoga relación con el autor aun sin convivencia.

b) Descendientes, ascendientes, hermanos, menores o incapaces que convivan con el autor o se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda del hecho del cónyuge o conviviente.

c) Persona amparada en cualquier relación por la que esté integrada en el núcleo familiar o que por su especial vulnerabilidad este sometida a custodia o guardia en centros públicos o privados.

Como se puede observar el abanico de sujetos afectados por el delito de violencia habitual en el ámbito familiar es mucho más amplio que la violencia de género, la cual sólo se produce del varón a la mujer que es o haya sido su cónyuge o pareja de análoga afectividad aún sin convivencia. No obstante, el análisis se centrará en los daños y menoscabos a la integridad moral de Dña. Leticia, debido a que D. Antonio y Dña. Lucía no han sufrido ninguna tipo de lesión a sus bienes jurídicos.

El término de “habitualidad” se proyecta como el elemento esencial para considerar consumado el delito de violencia habitual. El art. 173.3 CP nos ofrece una pauta para apreciar la concurrencia de dicho requisito “se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”. El art. 94 CP inserta como

⁹⁹STC de 19 de febrero de 2009 (TOL1.449.446)

¹⁰⁰STS de 18 de abril de 2002 (RJ 2002\5562).

parámetro para apreciar la habitualidad que el reo hubiera cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo en un plazo no superior a cinco años y haya sido condenado por ello; sin embargo, este fenómeno de reincidencia no puede ser examinado para determinar la concurrencia de dicho requisito, dado que el legislador no recurre a la habitualidad del sujeto, sino en la repetición por el sujeto activo de actos de violencia.¹⁰¹ Por consiguiente, de acuerdo con la expresión recogida en el art. 173.3 CP se apreciará violencia habitual atendiendo a cuatro aspectos¹⁰²:

1. Número de actos de violencia: se basa en la repetición o frecuencia de actos que suponga una permanencia de los malos tratos que conlleva a un estado de agresión permanente, como puntualiza la STS de 7 de julio de 2000¹⁰³.

2. Proximidad temporal de los actos de violencia: se requiere una cierta cercanía entre los distintos actos violentos, dado que en caso contrario estaríamos ante episodios violentos aislados (tampoco se atenderá al criterio invocado de cinco años por el art. 94 CP). La STS 20 de diciembre de 1996¹⁰⁴ ha estimado que se ha de entender por habitualidad la repetición de actos de idéntico contenido, con cierta proximidad cronológica, siendo tipificado siempre como delito de violencia habitual cuando existan agresiones cercanas.

3. Independencia de que los actos de violencia se haya ejercido sobre la misma, o diferentes víctimas de las comprendidas en el art. 173.2 CP: se aprecia la violencia habitual cuando se consuma en el seno del núcleo familiar cuyas víctimas sean cualquiera de las personas arriba indicadas, no siendo necesario para su consideración que recaiga de forma continuada sobre una mismo sujeto. En el presente supuesto la única víctima de la violencia emprendida por D. Felipe es Dña. Leticia.

El examen de la consumación de violencia habitual en el ámbito familiar versa sobre la demostración de la presencia de una atmosfera de terror con ocasión de la perpetración de varias acciones violentas. Se deben valorar tanto las conductas que todavía no han sido enjuiciadas como aquellas que ya han prescrito, puesto que lo que se pretende es comprobar la situación que se denuncia¹⁰⁵. Para apreciar la consumación de un delito de violencia habitual por parte de D. Felipe, se evaluarán los dos delitos de lesiones y el delito de amenaza, “puesto que los concretos actos de *violencia* solo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello en el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este *delito* ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia... siendo al respecto irrelevante tanto las protestas de haber sido ya enjuiciados y autónomamente como faltas las agresiones o que por falta de denuncia y el tiempo transcurrido aquéllas hayan

¹⁰¹Circular 1/1998, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, p 4. Recuperado de: http://www.jzb.com.es/resources/fge_circular_1_1998.pdf ,

¹⁰²CRISTÓBAL LUENGO, H. J. “El Concepto de Habitualidad en la Violencia Doméstica: Análisis del art. 173.2 del Código Penal Español”. *Derecho y cambio social*, 1 de abril de 2014, p. 6-13.

¹⁰³STS de 7 de julio de 2000 (RJ 2000\6823).

¹⁰⁴STS de 20 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9036)

¹⁰⁵MAGRO SERVET, V. *El Delito Continuo, Masa, Habitual y Permanente*, p 15. Recuperado de: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Sr.%20Magro%20Servet.pdf?idFile=492e376c-8cb6-455b-a9a7-1d27167caee6 .

quedado prescritas” (STS 261/2005).¹⁰⁶

La condena que se prevé para el delito de violencia habitual es la pena de privación de libertad de seis meses a tres años, con la pena accesoria de privación del derecho al porte y tenencia de arma de tres a cinco años e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, curatela, tutela por un tiempo de uno a cinco años, si el Juez lo estimase adecuado de acuerdo con el principio de supremacía de interés del menor. Dicha condena se verá aumentada en su mitad superior cuando los actos se perpetren utilizando armas, mediante quebrantamiento de condena, en presencia de menores o en el domicilio habitual, como sucede en el caso que está analizando.

3. Concurso de delitos.

El delito de violencia habitual en el ámbito familiar deberá ser condenado junto con los concretos delitos aislados que han materializado la violencia habitual, en este se hace referencia al delito de lesión de tipo básico agravado, el delito de violencia en el ámbito familiar y el delito de amenazas leve en el marco de la violencia de género. La aplicación de este concurso no puede ser interpretado como contrario al principio de “non bis in ídem”, debido a que el bien jurídico protegido en los actos concretos es distinto al de la violencia habitual (en las lesiones se tutela el bien jurídico de la salud y en la violencia habitual, la integridad moral) y la acción es diferente, no pudiéndose contemplar la violencia habitual como una simple suma de actos concretos en la que se manifiesta, sino como la proyección de una situación de sumisión, de angustia o de degradación de la víctima.

En el delito de violencia habitual, al igual que los delitos concretos previstos en el art. 153 y 171.4 CP, se establece como agravantes específicas la utilización de armas, quebrantamiento de condena, que el delito se perpetre en presencia de menores o, la que ahora nos concierne, que tenga lugar en el domicilio familiar. La comisión de los delitos dentro del domicilio familiar no podrá agravar en su mitad superior la pena a diferentes delitos, sino que es necesario concretar, cuando aún no hayan sido enjuiciados ni los actos concretos ni los permanentes, como en el presente caso, a qué delito se le impondrá dicha agravante, si al delito de lesiones del art. 153, al de amenazas leves en el marco de violencia de género o a la violencia habitual. La doctrina y jurisprudencia han declarado, que en conformidad con el principio de alternatividad invocado en el art. 8.1º y 8. 4º CP, lo más adecuado es aplicar la agravante al delito de violencia habitual¹⁰⁷. Por lo tanto, para hallar el cómputo de la condena de D. Felipe, se deberá atender a la suma de los delitos de violencia habitual agravada, de delito de lesiones en el ámbito familiar, el delito de lesiones de tipo básico agravado y el delito leve de amenazas en el marco de la violencia de género, mediante la aplicación de las reglas del concurso real; cuya condena a cumplir, como reclama el art. 76 CP, no podrá superar el triple de la condena más grave, es decir, el triple de la pena impuesta al delito de violencia habitual.

¹⁰⁶STS de 18 de febrero de 2005 (TOL633.160).

¹⁰⁷Circular 1/1998, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar. cit. 6-8.

VII. CONCLUSIONES JURÍDICAS:

1º La pareja de hecho constituida por D. Felipe y Dña. Leticia es nula de pleno derecho desde su inscripción y no ha generado efecto alguno entre sus integrantes ni hacia terceros. El artículo 2.c) de la ley 18/2001, del 19 de diciembre, de Parejas Estables, de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, recoge el impedimento de constituir pareja de hecho a aquellos que estén unidos por el vínculo de parentesco hasta el tercer grado en línea colateral, prohibición que alcanza al lazo de parentesco de tía y sobrino.

El posterior matrimonio contraído por ambos sujetos tampoco será válido a causa de la concurrencia del mismo impedimento de parentesco recogido en el art. 47.2º CC, pues, como advierte la Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005, los requisitos de capacidad enumerados en forma negativa en los arts. 46 y 47 CC gozan de carácter dirimente, y por lo tanto, si el matrimonio se contrae a pesar de la existencia del impedimento, el matrimonio es nulo. En lo que respecta al vicio del consentimiento enunciado en el art. 73.5 CC ante la prestación del consentimiento bajo coacción o miedo grave a la amenaza de un mal inminente y grave -como es para D. Felipe no volver a ver a D. Antonio si la adopción es nula- sine que non se hubiese contraído matrimonio, da lugar a la nulidad del vínculo matrimonial, de acuerdo con el pronunciamiento del Tribunal Supremo en sentencia de 26 de noviembre de 1985 y el de la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 13 de enero de 2004. A pesar de haber sido contraído el vínculo matrimonial bajo dicho vicio del consentimiento, se produjo la convalidación del matrimonio *ope legis* tras el transcurso de un año de convivencia desvanecido la fuerza o intimidación -pudiéndose contar desde el 13 de octubre de 2016, fecha en la que es D. Felipe es quien amenaza a Dña. Leticia con no volver a ver sus descendientes-, de acuerdo con el criterio de la SAP de Castellón de 2 de octubre del 2000.

2º La adopción de D. Antonio se constituyó a pesar de la existencia de vicios de naturaleza material y procesal. El incumplimiento del requisito de diferencia de edad de catorce años entre el adoptante y adoptado establecido en el art. 24 del Decreto 40/2006, de 21 de abril, por el cual se regulan los procedimientos de acogimiento familiar, de adopción y de determinación de idoneidad de las Islas Baleares, en relación con el art.176.2 CC, es un requisito imperativo que provoca la nulidad material de la adopción, como señala la AP de Barcelona en sentencia de 14 de febrero de 2001 y Auto de 31 de octubre de 2003, la cual puede hacerse valer mediante la interposición del recurso correspondiente antes de que al auto adquiera firmeza. Aunque esta materia ha sido objeto de reforma en 2015 ampliando la diferencia de edad a dieciséis años, se debe contemplar la legislación del momento de la adopción, de acuerdo con los arts. 2.3 C.C., 9.3 C.E., la STC 270/2015 y STC 227/1988.

La validez de la adopción depende de la vía del procedimiento de adopción permitida para llevar a cabo dicho proceso de filiación, dado que en fecha de la adopción, como revela el Auto 112/2011 de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, la imprecisión del término consorte produjo una gran discordia jurisprudencial a la hora de determinar si la adopción del hijo de la pareja de hecho estaba exenta del previo expediente de idoneidad de la Administración, la cual ya ha sido solapada a través de la preceptiva reforma. En el supuesto de que la adopción no se hubiese desarrollado mediante el proceso ordinario, la adopción de D. Antonio sería nula, ya que la nulidad de la pareja de hecho conlleva la comisión de una infracción procesal de una norma

esencial en el procedimiento que puede ser alegada a través del incidente excepcional de nulidad.

3º La legitimación activa de Dña. Leticia para ejercitar la acción de divorcio depende de la previa convalidación del matrimonio mediante el otorgamiento de dispensa posterior (art. 48 CC), una vez acreditada la justa causa y antes de que alguna de las partes legitimadas ejerciten la acción de nulidad, de acuerdo con la SAP de Teruel de 24 de marzo de 2015. La ausencia de concesión de la dispensa ulterior, y por consiguiente subsistencia de la causa de nulidad del art. 73. 2º CC, legitima a Dña. Leticia para interponer la demanda de nulidad matrimonial (art. 10 LEC) como alternativa al divorcio, cuya diferencia esencial entre instar una acción u otra se versa en el despliegue de todos los efectos del matrimonio desde su celebración mediante la convalidación del matrimonio, en el caso del divorcio; o la preservación de los efectos estrictamente civiles ya producidos frente a los hijos y el contrayente de buena fe, en caso de nulidad (STS de 13 de mayo de 1983).

La pensión de alimentos de los hijos menores debe ser sufragada por el cónyuge no custodio, que de acuerdo con los criterios seguidos por la jurisprudencia, será D. Felipe. Este deber es insoslayable e inherente a la adopción, y por consiguiente, la carga de la obligación de alimentos de Dña. Lucia, será asumida por ambos progenitores de forma proporcional a su capacidad económica y cuya cuantía será establecida de acuerdo con las posibilidades de los progenitores y necesidades de la menor, como aclara la STS 577/2014 en relación con los arts. 145 y 146 CC. En lo que respecta a la deuda alimenticia a favor de D. Antonio, el art. 108 CC reconoce los mismo derechos a los hijos matrimoniales y a los no matrimoniales o adoptivos, por lo que la contribución del adoptante no depende de la naturaleza de la filiación, sino de la validez del proceso de la adopción, dado que en caso de nulidad de la misma decae la filiación, y con ella la obligación de alimentos. Además de la pensión de alimentos que sufraga los gastos de carácter ordinario, también es obligación de ambos progenitores hacerse cargo de los gastos extraordinarios, y por lo tanto, de los no previstos, como señala la STS 94/2010.

4º El uso de la vivienda familiar y el ajuar doméstico de efectos no personales debe ser atribuido al cónyuge que disfrute de la guarda y custodia, en este caso Dña. Leticia, de acuerdo con el criterio preceptivo del art. 96 CC y la SAP Madrid de 28 de febrero de 1992. La naturaleza de bien privativo del domicilio familiar no es óbice para la atribución del uso al cónyuge no titular de la propiedad, ya sea el cónyuge el titular de la propiedad o sus padres por revocación de la donación si se insta la acción de nulidad, debido a que la naturaleza de la vivienda familiar tiene nula incidencia en la atribución de su uso como destaca la SAP de Valencia de 15 de abril de 1992. Tampoco sería impedimento para la atribución del uso de la vivienda familiar que Dña. Leticia decidiese abandonar el domicilio familiar en compañía de sus hijos, dado que dicho acto no poder ser considerado como una renuncia tácita cuando afecta a los hijos menores de edad o es derivado de una situación de necesidad, en la que se englobaría la situación de malos tratos habituales que sufre la progenitora (SAP Toledo de 13 de noviembre de 1998).

El principio de “favor filii” prohíbe que el uso de la vivienda familiar se someta a alguna limitación mientras los hijos sean menores, ya que la atribución de la vivienda por tiempo limitado vulneraría el art. 39 CE y los criterios rectores de la Ley Orgánica de Protección del Menor, de acuerdo con la STS 181/2014. Para la protección del uso de la vivienda familiar se permite inscribir en el Registro de la Propiedad la limitación de

disposición del inmueble que recae sobre el cónyuge titular (STS 310/2004 de 22 de abril).

5º Las acciones de D. Felipe son constitutivas de un delito de violencia habitual agravada por su consumación en el domicilio familiar y de delitos de violencia de género, cuyo cómputo de la condena se someterá a las reglas del concurso real.

Para la tipificación de un delito con el agravante de violencia de género es necesario que dichas acciones las haya infligido un varón a la que es o era su cónyuge o persona con la que mantiene o mantenía una relación de análoga afectividad, cuya víctima debe ser una mujer y la causa que motivó dicha acción fuese el papel que venía desempeñado la mujer de subordinación al hombre. Los delitos de violencia de género consumados son: el delito de violencia en el ámbito familiar del art. 147.3 CP y 153.1 CP a causa de la lesión sufrida por Dña. Leticia para la cual le recetaron analgésicos, siendo la prescripción de analgésicos una primera asistencia facultativa (STS de 4 de noviembre de 2008); delito leve de amenazas en el marco de violencia de género del art. 171. 4 CP consumado por la intimidación a la víctima con el anuncio del mal futuro de no volver a ver a sus hijos si pone fin a la relación (SAP de Badajoz de 16 de mayo de 2017); y, delito de lesión de tipo básico del art. 147.1 y 148 CP, cuya curación necesitó una primera asistencia facultativa y tratamiento médico de uso obligatorio de collarín (STS de 17 de octubre de 2012 y SAP Ciudad Real de 5 de marzo de 2014), rehabilitación a causa del esguince del pie derecho (STS de 10 de abril de 2002) y la receta de analgésicos para paliar el dolor.

El delito de violencia habitual castigado del art. 173. 2 CP se consuma por la repetición habitual de malos tratos y la proximidad temporal de los actos de violencia, requisitos cumplidos, ya que en menos de dos meses ha sido víctima de dos delitos de lesiones y un delito de amenazas (STS 1208/2000 y STS 1060/1996).

VIII. BIBLIOGRAFÍA:

ÁLVAREZ OLALLA, P. “La compensación por trabajo doméstico y el deber de contribución a las cargas del matrimonio en separación de bienes. Al Hilo de la STS de 5 de mayo de 2016 y sus predecesoras.”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil*, Nº. 7, 2016.

BELÍO PASCUAL, A.C. *La Pensión Compensatoria (Ocho años de aplicación práctica de la Ley 15/2005, de 8 de julio)*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia.

BELTRÁ CABELLO, C. “Proceso Contencioso”, en AA.VV. *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*. M. Linacero (coord.). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2016.

BERIAIN FLORES, I. *La adopción del hijo del cónyuge o de la pareja*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2014.

BERMÚDEZ BALLESTEROS, M.B. “Criterios para la atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica judicial”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº 1, 2001

BLANDINO GARRIDO, M.A. “El Divorcio.”, en AAVV *Las Crisis Matrimoniales. Nulidad, Separación y Divorcio*. A. Álvarez, P. Sánchez y M.A. Blandino (coords.). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2016.

BLANDINO GARRIDO, M.A. “Nulidad Matrimonial” en AAVV *Las Crisis Matrimoniales. Nulidad, Separación y Divorcio*. A. Álvarez, P. Sánchez y M.A. Blandino (coords.). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2016.

BLANDINO GARRIDO, M.A. “Tratamiento de las concretas medidas definitivas derivadas de las sentencias matrimoniales” en AA.VV *Las Crisis Matrimoniales. Nulidad, Separación y Divorcio*. A. Álvarez, P. Sánchez y M.A. Blandino (coords.). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2016.

CABEZUELO ARENAS, A.L. y CASTILLA BAREA, M. “La obligación de alimentos como obligación familiar básica”, en AA.VV *Grandes Tratados. Tratado de Derecho de la Familia (Volumen I)*. M. Yzquierdo y M. Cuenca (dir.) Ed. Thomsom Aranzadi S.A.U. Pamplona 2015.

CABEZUELO ARENAS, A.L. “Pensiones de alimentos de los hijos tras separación y divorcio: ¿necesidades auténticas o creadas?”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº. 5, 2009.

CERVELLÓ DONDERIS, V. y CHAVES PEDRÓN. “Violencia de género y violencia doméstica (arts. 153.1, 173.2 y 173.4), en AA.VV *C. Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. Actualizada con la corrección de errores (BOE 11 DE JUNIO DE 2015). 2ª EDICIÓN*. A. Matallín, El. Górriz y J.L. González (coords.) Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2015.

Circular 1/1998, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar. Recuperado de: http://www.jzb.com.es/resources/fge_circular_1_1998.pdf

COSTAS RODAL, L. “El matrimonio y su economía”, en AA.VV. *Manual de derecho civil. Derecho de Familia*. R. Bercovitz (coord.). Ed. Bercal, S.A. Madrid 2015.

CRISTÓBAL LUENGO, H. J. “El Concepto de Habitualidad en la Violencia Doméstica: Análisis del art. 173.2 del Código Penal Español”. *Derecho y cambio social*, 1 de abril de 2014.

DIÉZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos de lesiones*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2001.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M. “La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular. Examen del artículo 96 del Código Civil”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 10, 2010.

GARCÍA RUBIO, M. P, "Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº 10, Madrid, 2006.

JIMENEZ LINARES, M.J. “La modificación de la pensión de alimentos a hijos menores por alteración de las circunstancias”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil vol. III*, Nº 3, 1999

LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS. *Principios de Derecho Civil VI. Derecho de Familia*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2016.

LINACERO DE LA FUENTE, M. “Alimentos entre Parientes” en AA.VV *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos Sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios*. M. Linacero (dir). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2016

LINACERO DE LA FUENTE, M. “Atribución del uso de la vivienda familiar”, en AA.VV *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos Sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios*. M. Linacero (dir). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2016

LINACERO DE LA FUENTE, M. “Familia y Derecho de Familia”, en AA.VV *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos Sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios*. M. Linacero (dir). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2016.

LINACERO DE LA FUENTE, M. “Instituciones de Protección de la Infancia y la Adolescencia”, en AA.VV *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos Sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios*. M. Linacero (dir). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2016.

LINACERO DE LA FUENTE, M. “Matrimonio. Parejas de Hecho Primera Parte: Matrimonio”, en AA.VV *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos Sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios*. M. Linacero (dir). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2016.

LINACERO DE LA FUENTE, M. “Nulidad, Separación y Divorcio” en AA.VV *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos Sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios*. M. Linacero(dir). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2016.

LÓPEZ LÓPEZ, MONTES PENADES, CAPILLA RONCERO, ROCA Í TRIAS y VALPUESTA FERNÁNDEZ. *Derecho Civil. Parte general. Derecho de la Persona*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2003.

MARÍN LÓPEZ, M.J. “Comentarios a los art. 9.2, 42 a 107 el Código Civil”, en AA.VV. *Comentarios al Código Civil*. R. Bercovitz (coord.). Ed. Thomson-Aranzadi. Cizur Menor 2013.

MARÍN LÓPEZ, M. J. “El Matrimonio”, en AA.VV. *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*. R. Bercovitz (coord). Ed. Bercal, S.A. Madrid 2015.

MARÍN LÓPEZ, M. J. “Requisitos del matrimonio”, en AA.VV. *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*. R. Bercovitz (coord). Ed. Bercal, S.A. Madrid 2015.

MARÍN LÓPEZ, M.J. “La nulidad, la separación y el divorcio”, en AA.VV. *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*. R. Bercovitz (coord.). Ed. Bercal S.A. Madrid 2015.

MARIN LÓPEZ, M. J. “Efectos comunes a la nulidad, a la separación y al divorcio”, en AA.V. *Manual de derecho civil. Derecho de Familia*. R. Bercovitz (coord.). Ed. Bercal, S.A. Madrid 2015.

MONTERO AROCA, J. *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2002.

PANIZA FULLANA, A. “Atribución del uso de la vivienda familiar «versus» derecho de propiedad (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2013)”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. 1, Nº. 9 (enero), 2014.

POUS DE LA FLOR, M^a.P. “La Adopción”, en AA.VV *Protección jurídica del menor*. L. Tejedor y M^a. P. Pous (coords.) Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2017.

RAMOS VÁZQUEZ, J.A. “Los diferentes conceptos de violencia de género en la legislación estatal y autonómica”. Recuperado de: <http://www.ecrim.es/publications/2010/ViolenciaGenero.pdf>.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E. *La legislación autonómica sobre uniones de hecho. Revisión desde la Constitución*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2003.

ROMERO COLOMA, A.M. “Pensión alimenticia y pensión compensatoria”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 878, 2014.

SÁNCHEZ ALONSO, M. “Atribución del uso de la vivienda familiar”, en AA.VV *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos Sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios*. M. Linacero(dir). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2016.

IX. JURISPRUDENCIA:

A) Tribunal Constitucional:

1. STC de 29 de noviembre de 1988 (TOL80.074)
2. STC de 14 de marzo de 2005 (TOL609.864)
3. STC de 14 de mayo de 2008 (TOL1.315.315)
4. STC de 19 de febrero de 2009 (TOL1.449.446)
5. STS de 31 de julio de 2009 (RJ 2009\4581)
6. STC de 23 de abril de 2013 (TOL3.711.269)
7. STC de 7 de mayo de 2013 (TOL3.752.429)
8. STC de 17 de diciembre de 2015 (TOL5.621.306)

B) Tribunal Supremo:

1. STS de 16 de noviembre de 1985 (TOL1.736.098)
2. STS de 21 de octubre de 1992 (TOL5.122.980)
3. STS de 20 de diciembre de 1994 (TOL1.665.147)
4. STS de 13 de julio de 1996 (TOL5.153.357)
5. STS de 7 de julio de 2000 (RJ 2000\6823)
6. STS de 10 de abril de 2002 (TOL155.918)
7. TS de 18 de abril de 2002 (RJ 2002\5562)
8. STS de 18 de febrero de 2003 (TOL1.662.753)
9. STS de 7 de julio de 2003 (TOL4.921.153)
10. STS DE 22 de abril de 2004 (RJ 2004\2713)
11. STS de 18 de febrero de 2005 (TOL633.160)
12. STS de 18 de marzo de 2008 (RJ 2008\2941)
13. STS de 4 de noviembre de 2008 (TOL1.415.389)
14. STS de 14 de enero de 2009 (RJ 2010\2323)
15. STS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009\4244)
16. STS de 11 de marzo de 2010 (TOL1.798.264)

17. STS de 14 de julio de 2011 (RJ 2011\5122)
18. STS de 9 de mayo de 2012 (RJ 2012\5137)
19. STS de 31 de mayo de 2012 (TOL2.558.081)
20. STS de 17 de octubre de 2012 (RJ 2012\10552)
21. STS de 4 diciembre de 2013 (RJ 2013\7879)
22. STS de 26 de marzo de 2014 (TOL4.177.207)
23. STS de 14 de octubre de 2014 (TOL4.550.936)
24. STS de 21 de octubre de 2014 (RJ 2014\5620)
25. STS de 3 de marzo de 2015 (TOL4.748.228)
26. STS de 3 de abril de 2014 (RJ 2014\1950)
27. STS de 14 de abril de 2015 (TOL4.851.345)
28. STS de 5 de mayo de 2016 (RJ 2016\2219)
29. STS de 8 de marzo de 2017 (RJ 2017\702)

C) Tribunal Superior de Justicia:

1. STSJ Galicia de 14 de abril de 2015 (TOL4.851.345)

D) Audiencias Provinciales:

1. AAT Barcelona de 31 de octubre de 2003 (JUR 2004\427)
2. AAT Guipúzcoa de 23 de diciembre de 2011 (TOL2.546.657)
3. SAP Badajoz de 16 de mayo de 2017 (TOL6.141.211)
4. SAP Baleares de 2 de marzo de 1999 (AC 1999\6289)
5. SAP Barcelona de 14 de febrero de 2001 (ARP 2001\469)
6. SAP Barcelona de 11 de enero de 2002 (JUR 2002\86259)
7. SAP Barcelona de 13 de enero de 2004 (R. Cendoj. 08019370122004100032)
8. SAP Castellón de 2 de octubre de 2000 (JUR 2001\163688)
9. SAP Córdoba Sentencia de 10 mayo 1993 (AC 1993\1050)
10. SAP Córdoba de 12 de enero de 2012 (TOL3.011.809)
11. SAP Huesca de 9 de marzo de 2016 (TOL5.701.244)

12. SAP Madrid de 28 febrero de 1992 (AC 1992\335)
13. SAP Navarra de 27 de octubre de 1998 (AC 1998\2357)
14. SAP Teruel de 24 de marzo de 2015 (TOL4.945.741)
15. SAP Toledo de 13 de noviembre de 1998 (AC 1998\8322)
16. SAP Valencia de 15 de abril de 1992 (AC 1992\526)
17. SAP Valencia de 5 de junio de 2006 (JUR 2006\259266)

E) Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado:

1. RDGRN de 18 de octubre de 1995 (RJ 1995\9565)
2. RDGRN de 19 de julio de 2005 (JUR 2005\18467)