



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO DE FIN DE GRADO.

***DIVORCIO CON HIJOS POR
MOTIVOS DE LESIONES.***

Grado en Derecho.

Curso 2016/2017.

Autora:

Irene Vázquez Vázquez

Tutor:

Rafael Colina Garea.

ÍNDICE.

ÍNDICE ABREVIATURAS.....	2
I.CONSIDERACIONES PREVIAS.....	3
II.CALIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN LEGAL DE LETICIA RESPECTO DE FELIPE.....	4
1. Sobre la validez de la pareja de hecho.....	5
2. Sobre la validez del matrimonio.....	6
III.VALIDEZ DE LA ADOPCIÓN DE ANTONIO.....	8
IV.SOBRE LA POSIBILIDAD DE LETICIA DE SOLICITAR EL DIVORCIO Y SOBRE UNA POSIBLE PENSIÓN DE ALIMENTOS PARA ANTONIO Y LUCÍA.....	11
1. Sobre la posibilidad de Leticia de solicitar el divorcio.....	11
2. Sobre una posible pensión de alimentos para Antonio y Lucía.....	14
V.ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA DONDE RESIDEN ACTUALMENTE, SITA EN LUGO.....	16
VI.SOBRE LAS ACTUACIONES DE FELIPE Y SI SON CONSTITUTIVAS DE DELITO.....	22
VII.CONCLUSIONES.....	26
VIII.BIBLIOGRAFÍA.....	28
IX.JURISPRUDENCIA.....	30
1. Tribunal Supremo.....	30
2. Tribunales Superiores de Justicia.....	30
A) Cataluña.....	30
3. Audiencias Provinciales.....	30
A) Badajoz.....	30
B) Barcelona.....	31
C) Huesca.....	31
D) Las Palmas.....	31
E) Sevilla.....	31
F) Teruel.....	31
4. Juzgados de Primera Instancia.....	31
5. Juzgados de lo Penal.....	31
6. Juzgados de Violencia sobre la Mujer.....	32

ÍNDICE ABREVIATURAS

AAP: Auto Audiencia Provincial.

Art.: artículo.

Arts.: artículos.

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española.

Cit.: Citado.

CP: Código Penal.

Pág.: página.

Págs.: páginas.

SAP: Sentencia Audiencia Provincial.

SPI: Sentencia de Primera Instancia.

SSTS: Sentencias Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia Tribunal Superior de Justicia.

STS: Sentencia Tribunal Supremo.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En este trabajo, vamos a analizar las cuestiones jurídicas relativas al divorcio de una pareja en el que hay hijos y debemos valorar si unas determinadas actuaciones son constitutivas de delito.

Para analizar este supuesto de hecho lo organizaremos en torno a cinco epígrafes, en los cuales trataremos derecho civil, en especial derecho de familia y, en último lugar, aunque no menos importante, derecho penal.

En el primero de ellos, analizaremos la validez de la pareja de hecho y del matrimonio. Para ello, primero analizaremos la vecindad civil de ambos cónyuges para determinar la ley aplicable; esto lo haremos con la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares y con el Código Civil, además de jurisprudencia.

Para tratar la validez de la pareja de hecho analizaremos la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables. Para hablar sobre la validez del matrimonio utilizaremos el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación de derecho civil de las Islas Baleares; también utilizaremos el propio Código Civil y jurisprudencia.

En el segundo epígrafe trataremos la validez de una adopción, para ello analizaremos diversa jurisprudencia además del Código Civil y la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, la cual modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de adopción y otras formas de protección de menores. También analizaremos la Constitución Española y la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que este tema se trata de un área muy protegida. Para ir rematando este epígrafe, también utilizaremos la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En aplicación de la vecindad civil, por último, también analizaremos el Decreto 40/2006, de 21 de abril, por el cual se regulan los procedimientos de acogimiento familiar, adopción y determinación de la idoneidad.

En el tercer epígrafe hablamos sobre la posibilidad de solicitar el divorcio y una pensión de alimentos para los hijos de la pareja. En primer lugar, para el divorcio analizaremos el Código Civil y la Ley 15/2005, de 8 de julio, de Separación y Divorcio, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil además de diversa jurisprudencia. En este mismo epígrafe también tratamos sobre la nulidad del matrimonio y sobre la posibilidad de solicitarla.

En segundo lugar, para tratar la pensión alimenticia de los hijos de la pareja, analizaremos diversa jurisprudencia civil sobre el asunto y con diversas posibilidades de pensión en función del caso y el Código Civil.

En el epígrafe número cuatro tratamos la atribución del uso de la vivienda familiar; para esta atribución utilizaremos el Código Civil, la Constitución Española y muy diversa jurisprudencia debido a todas las posibilidades de atribución que podría haber.

Por último, el último epígrafe es en el que tratamos derecho penal y en el que tenemos que ver si podemos catalogar las actuaciones del marido como delito. Para ello, analizamos el Código Penal y la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas

de Protección Integral contra la Violencia de Género, un tema de máxima brutalidad y que nos muestra la desigualdad que sigue habiendo entre hombres y mujeres. En este epígrafe, también tratamos jurisprudencia relevante sobre el caso que nos ocupa.

Para terminar el trabajo, tenemos las conclusiones que podemos deducir de cada epígrafe que anteriormente hemos trabajado.

II. CALIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN LEGAL DE LETICIA RESPECTO DE FELIPE.

En primer lugar, para saber si la pareja de hecho y si el matrimonio fue válido debemos basarnos en la vecindad civil porque esta es la que determina la sujeción al derecho civil común o al especial, tal y como establece el art. 14.1 del Código Civil.

La vecindad civil es la condición o cualidad de los españoles que determina la aplicabilidad, en cuanto ley personal, de alguno de los ordenamientos civiles coexistentes en nuestro país. Tal y como establece el citado art. 14 CC en su punto primero, la sujeción civil al derecho especial se determina por su vecindad civil.¹

Para adquirir la vecindad hay dos formas, tal y como se establece en el art. 14.5 CC: por residencia continuada durante dos años, pero para esto el interesado tiene que manifestar que es esa su voluntad; o por residencia continuada de 10 años, pero si el interesado no manifestó lo contrario durante este plazo. Ambas declaraciones para adquirir la vecindad civil han de constar en el Registro Civil.

En el caso que tenemos, deducimos que a Felipe le corresponde la vecindad civil de las Islas Baleares, no sabemos si por nacimiento, pero sí por residencia continuada de 10 años y en ningún momento se nos dice que ha rechazado esta vecindad civil balear. Podemos deducir su residencia durante un largo período porque en los datos se recoge que Felipe está empadronado en Palma de Mallorca, donde posé una gran casa en primera línea de playa y que ocupa un cargo de director adjunto en la empresa de tecnología y productos de software de su padre.

En relación a este asunto, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo, en adelante STS, número 704/2015, de 16 de diciembre de 2015 (TOL 5.643.499), en la que podemos ver que es necesario hacer la consideración de que lo que se debate es cuando comienza a contabilizar el plazo para el transcurso de los diez años de residencia para adquirir la vecindad civil; sin embargo, lo que no se discute es que la adquisición de la vecindad civil por residencia de diez años se hace de forma automática.²

¹ PARRA LUCÁN, M. A. “La vecindad civil”, en AA.VV *Derecho de la Persona. Curso de Derecho Civil (I). Volumen (II)*. P. de Pablo Contreras (coord). Ed. Edisofer S.L, Madrid 2016, pág. 201.

² La STS 704/2015, de 16 de diciembre de 2015 (TOL 5.643.499), extrae estas conclusiones de la STS de 7 de junio de 2007, Rc. 993/2000, en la que se establece que “no hay duda de que la vecindad civil por residencia de 10 años se produce ipso iure, automáticamente por el transcurso del tiempo, según constante doctrina jurisprudencial, por lo que el problema no es este, al ser indiscutible, sino, como en tantos casos, el del inicio del cómputo”.

1. Sobre la validez de la pareja de hecho.

El 2 de agosto de 2014 se inscribieron en el Registro de Parejas de Hecho de Palma de Mallorca, porque allí era donde la pareja residía y donde Felipe estaba empadronado.

Las parejas de hecho también reciben la denominación “parejas no casadas”; “parejas estables”; o “uniones estables”, entre otras. El actual panorama legislativo sobre las parejas de hecho en el ordenamiento jurídico español se caracteriza por la ausencia de una normativa estatal unitaria que dé un tratamiento homogéneo a esta cuestión. Tan solo existen una serie de disposiciones dispersas que regulan estas parejas. Ante este vacío legal existente y ante una realidad social ante la que el Derecho no podía mantenerse al margen, son los legisladores autonómicos los que asumen la regulación de las parejas de hecho.³

Al carecer de normativa estatal, las Islas Baleares han regulado las parejas de hecho en su propia Ley, que es la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables. Esta es la Ley aplicable debido a que como establece el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, Texto Refundido de Compilación de Derecho Civil de Illes Balears, las normas de Derecho civil de Baleares tienen efecto en el territorio de esa Comunidad Autónoma; excepto si por el Derecho interregional o el Derecho internacional privado se tuvieran que aplicar otras normas (art. 2).

La propia Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables también ha establecido lo que son las parejas de hecho, y lo ha hecho diciendo que es la unión de dos personas que conviven de forma libre, pública y notoria en una relación de afectividad análoga a la conyugal.⁴

Esta es la Ley aplicable porque en su art. 2.2 establece que para poder acogerse a esta Ley, por lo menos uno de los dos miembros tiene que tener la vecindad civil en las Islas Baleares y anteriormente establecimos que Felipe, uno de los cónyuges, poseía esta vecindad.

También establece la propia Ley que les será de aplicación si cumplen los requisitos y las formalidades que se prevén, no tiene la pareja ningún impedimento que afecte a alguno de ellos o a la propia relación y deben inscribirse voluntariamente en el Registro de Parejas Estables de las Islas Baleares (art. 1.1)

De todo esto cabe decir, que se aplica la Ley porque la pareja se inscribe en el Registro de las Islas Baleares y porque uno de los dos cónyuges, en este caso Felipe, posee la vecindad civil de las Islas Baleares.

Del mismo art. 2 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, anteriormente citado también podemos extraer quiénes no pueden constituir pareja estable, que son:

“1. No obstante, no pueden constituir pareja estable:

a) Los que estén ligados por vínculos matrimoniales.

³ Legálitas E.I: <https://www.legalitas.com/abogados-para-particulares/actualidad/articulos-juridicos/contenidos/Las-parejas-de-hecho-en-Espana>

⁴ Definición dada por el art. 1.1 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables.

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

De los datos que se nos aportan en el caso sabemos que aunque no existiera relación entre Felipe y Leticia hasta enero de 2014, en el que él se pone en contacto a través de una red social, son tía y sobrino. Al ser tía y sobrino estamos en una situación de que son colaterales por consanguinidad de tercer grado.

Por todo esto, como son parientes por consanguinidad hasta el tercer grado debemos decir que la pareja de hecho es nula. Además, en la Ley 18/2001, de 19 de diciembre no existe ninguna posibilidad para dispensar este impedimento, por lo que no habría posibilidad de convertir esta pareja de hecho nula en válida.

2. Sobre la validez del matrimonio.

El 25 de mayo de 2015 Felipe y Leticia contraen matrimonio en Barcelona, a pesar de que esta sea su última residencia habitual, la ley aplicable nos lo muestra la vecindad civil, y la vecindad civil de Felipe sigue siendo a las Islas Baleares debido a que no transcurren los plazos de 2 o 10 años para que se modifique para el criterio de residencia, tal y como establece el art. 14.5 CC, anteriormente citado.

Ante todo, decir que la palabra “matrimonio” se usa para designar indistintamente dos realidades diferentes: la celebración y la sociedad conyugal o comunidad formada por marido y mujer. Al ocuparnos de la definición de matrimonio nos referimos a la comunidad conyugal. La tradición canónica acogió con facilidad las definiciones propias del Derecho romano. Y así, la definición que más frecuentemente aparece en las fuentes legislativas y en la literatura jurídica y teológica es la de Justiniano: “Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuam consuetudinem vitae continens” (Nupcias o matrimonio es la unión del varón y de la mujer, que contiene la comunidad indivisible de vida).⁵

Tradicionalmente, el matrimonio se definía como “Unión estable de un hombre y una mujer dirigida y ordenada al establecimiento de una plena comunidad de vida”⁶. Desde la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, ha desaparecido la exigencia de heterosexualidad entre los contrayentes.

Para tratar el matrimonio, en las Islas Baleares disponemos del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares. Esta Ley lo único que regula sobre el matrimonio es en su Título I “Del régimen económico matrimonial”, por lo que no regula nada sobre la validez del matrimonio y solo regula sobre su régimen económico.

⁵ FORNÉS DE LA ROSA, J. *Derecho Matrimonial Canónico*. Ed. Tecnos. Madrid 2014, págs. 15 – 16.

⁶ Esta es la definición dada por Sancho Rebullida y recogida en Aranzadi E.I: <http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es/maf/app/document?docguid=I61dc29d0254311e0b4f2010000000000&sruid=i0ad6adc50000015c5b49fc3c320d6130&src=withinResuts&spos=2&epos=2>

Aunque el Decreto Legislativo de las Islas Baleares no haya regulado nada sobre la validez del matrimonio, el Estado sí que lo ha hecho en el propio Código Civil, por lo que será este el que se aplique ya que sus disposiciones se aplican como supletorias en las regidas por otras leyes, tal y como establece en su art. 4.3 y como también dice el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, al que ya hemos hecho referencia antes, en su art. 1, al establecer que si no hay Ley o Costumbre del Derecho Balear aplicaremos supletoriamente el Código Civil.

También debemos esclarecer que, aunque los cónyuges contraen matrimonio en Barcelona y esta es su última residencia habitual, se les siguen aplicando las leyes de las Islas Baleares ya que no concurren los períodos de tiempo necesarios de 2 y 10 años establecidos en el Código Civil para adquirir la vecindad civil catalana.

El Código Civil regula las incapacidades para contraer matrimonio en los arts. 46 y 47. Por el art. 46 no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados ni aquellas personas que ya estén ligadas por un vínculo matrimonial. En el art. 47 se nos habla del caso que ahora nos ocupa:

“Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí:

- 1º. Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.
- 2º. Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado.
- 3º. Los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos”.

Además, ya no es solo que no puedan contraer matrimonio entre sí los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado, es que además, es un matrimonio nulo porque el art. 73 del CC dice que es nulo por ser celebrado entre las personas a las que se refiere el art. 47.

Sin embargo, para conseguir la validez de este matrimonio, nos establece el Código Civil en su art. 48 que Felipe y Leticia podrían solicitar una dispensa con justa causa y a instancia de parte al Juez de Primera Instancia para que así al obtenerla, el matrimonio fuera válido. Esta dispensa convalida el matrimonio desde su celebración, siempre y cuando la nulidad no haya sido instada judicialmente

Podemos observar que al igual que ocurría en la Ley 18/2001, de 29 de diciembre, de parejas estables de las Islas Baleares, el matrimonio también es nulo debido a que también existe en nuestro ordenamiento estatal la prohibición de contraer matrimonio entre sí los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado; y, como ya se expresó anteriormente, Leticia y Felipe son familia colateral de tercer grado.

En nuestro ordenamiento vemos que el Juez de Primera Instancia podría haber dispensado este impedimento de tercer grado, por lo que podría haber dos opciones:

Por un lado, que Leticia y Felipe hubieran solicitado la dispensa por lo que el matrimonio hubiera sido válido aunque la dispensa se hubiera producido después de que hubieran contraído matrimonio. Por otro lado, que los cónyuges no hubieran solicitado ninguna dispensa al Juez de Primera Instancia, por lo que el matrimonio sería nulo.

Para algunos impedimentos dispensables sí se ha establecido para el ejercicio de la acción de nulidad como son la acción de nulidad por razón de la minoría de edad o por vicios en el consentimiento matrimonial; sin embargo, para otros impedimentos dispensables, como ser familiar colateral hasta el tercer grado, y que es el que aquí nos ocupa, cuando no se ha solicitado la dispensa antes de la celebración del matrimonio, no se ha establecido plazo alguno para la solicitud de convalidación, tan solo se ha fijado un límite máximo, procederá la convalidación mientras no se inste judicialmente la declaración de nulidad del matrimonio por alguna de las partes, tal y como establece el art. 48 CC.⁷

Como en este caso nada se nos dice de solicitar la dispensa, presuponemos que el matrimonio es nulo por ser colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado. Sin embargo, todavía podrían solicitar la dispensa ya que no se ha establecido un plazo máximo, solo no podría solicitarla cuando alguno de los cónyuges hubiera instado judicialmente la nulidad del matrimonio.

III. VALIDEZ DE LA ADOPCIÓN DE ANTONIO.

Siendo ya pareja de hecho, Felipe propone a Leticia adoptar a Antonio para ganarse todavía más la confianza de su pareja. Por ello, el 13 de octubre de 2014 la pareja comienza los trámites para llevar a cabo la adopción.

En su origen, la adopción cumplió en Europa una función residual, destinada a facilitar la continuación de apellidos ilustres o la transmisión de patrimonios para quienes no tenían descendencia masculina o no la tenían en absoluto. En la actualidad, se ha convertido en un auténtico fenómeno de masas, que moviliza a cientos de miles de personas. Cada año, se adoptan en todo el mundo más de 40.000 niños.⁸

La adopción es una de las formas en que puede tener lugar la filiación, tal y como establece el art. 108 CC, pues esta no es un concepto biológico sino jurídico. Después de la reforma esencial en el Derecho civil español en la materia, realizada por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, la adopción pasó a configurarse como un medio de integración familiar que consigue mediante la completa ruptura del vínculo jurídico que el adoptado tenía con su familia, la creación *ope legis*, de una relación de filiación a la que le son aplicables las normas generales en materia de filiación y relaciones paterno-filiales, contenidas en el Código Civil.⁹

La propia Constitución Española también vela por los derechos de los menores, ya que en su art. 39 asegura por los poderes públicos la protección integral de los hijos, que son iguales ante la ley independientemente de su filiación, y también establece que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales.

⁷TRAPERO BARREALES, M. A. *Matrimonios ilegales y derecho penal. Bigamia, matrimonio inválido, matrimonio de conveniencia, matrimonio forzado y matrimonio precoz*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2016, págs. 90 – 91.

⁸ MOLINER NAVARRO, R. “Adopción, familia y derecho”. *Rev. Boliv. De derecho*, nº14, julio 2012, pág. 98 – 121. Pueden encontrarlo aquí Dialnet E.I : <https://dialnet-unirioja.es/accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=4800130>

⁹ Aranzadi E.I: <http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es/maf/app/document?docguid=I686c00e0254311e0b4f2010000000000&srguid=i0ad6adc60000015c5eba308b083bcc6d&src=withinResuts&spos=5&epos=5>

En la Convención sobre los Derechos del Niño se establece en su art. 21 que “Los Estados que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”.

Del art. de la Constitución Española, de la Convención sobre los Derechos del Niño y de diversas SSTs, entre la que podemos mencionar la STS de 20 de abril de 1987 (RJ/1987/2717), podemos deducir que prioritariamente deben prevalecer los intereses del menor.¹⁰

La adopción viene regulada en el Libro I – Título VII Sección Segunda, llamada De la adopción del Código Civil, que va desde el art. 175 al 180.

En el primer art. que se nos habla de la adopción es el 175 y se necesita que el adoptante sea mayor de 25 años; aunque si es una pareja, con que uno de los dos cumpla este requisito será suficiente. En todo caso, la diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado tiene que ser mínimo de 16 años y un máximo de 45 años, salvo cuando estemos en presencia de alguno de los casos del art. 176.2; se puede pedir una diferencia de edad mayor si se quiere adoptar menores con alguna necesidad especial o si se pretende adoptar grupos de hermanos. Y no podrán ser adoptantes aquellas personas que no puedan ser tutores.

Remitiéndonos al caso que ahora nos ocupa, vemos que se exige, además en todo caso, que el adoptante tenga por lo menos, dieciséis años más que el adoptado; sin embargo, de los datos que se nos aportan podemos ver que en el año 2014 Antonio tenía trece años y, en ese mismo año, Felipe tenía 26 años, por lo que la diferencia de edad entre ambos es de 13 años. A pesar de esto, este requisito no nos impide la adopción ya que estamos en uno de los casos del art. 176.2 porque Antonio es hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal.

Además, solo se puede adoptar a los menores no emancipados; excepto cuando inmediatamente antes de la emancipación hubiera existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable de por lo menos un año, tal y como establece el art. 175.2 del CC.

Aquí podemos ver que Antonio es un menor y que además no se nos dice nada sobre si está emancipado, por lo que esto es en principio que no lo está; por todo, un en principio, no habría ningún problema para proceder a su adopción.

En relación a la adopción por el cónyuge de la madre del menor, podemos citar el AAP de Sevilla 273/2004 (JUR/2005/68309), de 30 de noviembre, en el que se permite la adopción porque el adoptante es el esposo de la madre y entonces se cumplen los requisitos de los arts. 175 y 176.2.2º.¹¹

¹⁰ STS, de 20 de abril de 1987 (RJ/1987/2717): “es obligado dejar establecido, como principio rector de esta clase de procesos, la necesidad de que prioritariamente prevalezcan los intereses del menor como más dignos de protección, evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas puedan postergar, oscurecer o perjudicar las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno-filiales; de ahí que se tengan que examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para el menor.”

¹¹ El AAP de Sevilla 273/2004, de 30 de noviembre (JUR/2005/68309), establece que: “el actor pidió la adopción de las hijas de su esposa [...], se ha constatado que el actor contrajo matrimonio con la madre

Como establece el art. 176 CC, la adopción se constituye siempre por resolución judicial y en ella hay que tener en cuenta el interés del adoptando y la idoneidad¹² del adoptante para ejercer la patria potestad. Para iniciar este expediente, se necesita una propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante el que se le declare idóneo para ejercer el ejercicio de la patria potestad; además, esta propuesta de idoneidad debe ser previa a la propuesta y en ella se requiere una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes, así como su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sobre sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias.

Sin embargo, no se necesita la propuesta cuando en el adoptando concurra alguna de estas circunstancias:

“1.^a Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.

2.^a Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal.

3.^a Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo.

4.^a Ser mayor de edad o menor emancipado.”

Por lo que, en este caso, Felipe no necesita la propuesta de idoneidad de la Entidad Pública para la adopción debido a que Antonio es hijo de su cónyuge y este es uno de los casos en los que no es necesaria, tal y como establece el art. 176 del Código Civil que acabamos de citar.

En relación a la propuesta de idoneidad, podemos citar la SPI de Madrid, de 24 de febrero de 2011 (AC/2011/854), en la que hay ausencia de la propuesta de idoneidad de la Entidad Pública ya que el art. 176 permite que no sea necesaria esta propuesta en una serie de supuestos.¹³

También hay que decir que la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su art. 24 establece que “La adopción nacional e internacional se ajustará a lo establecido por la legislación civil aplicable”.

de las adoptadas en 1991, conviviendo desde esa fecha, y que desde hace mucho tiempo, no ha existido prácticamente relación entre el padre biológico y sus hijas [...], se ha venido manteniendo una situación de hecho de auténtica vida familia, y que la petición del actor no resulta injustificada, ni arbitraria, sino que responde a una legítima voluntad de acomodar esa situación real a la legal.”

¹² Definición de idoneidad recogida en el art. 176.3 del Código Civil: “se entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción.”

¹³ SPI de Madrid, de 24 de febrero de 2011 (AC/2011/854): “No existe en este caso la propuesta previa de la Entidad Pública, cuya negación es precisamente el objeto de este procedimiento de forma que, para compaginar las disposiciones legales, hemos de entender que es precisamente esta resolución que ahora se dicta la que suple tal propuesta. Y en este sentido el art. 176 del CC permite que no sea necesaria esta propuesta en una serie de supuestos.”

Ahora toca mencionar la legislación sobre adopción aplicable en las Islas Baleares, donde debemos indicar el Decreto 40/2006, de 21 de abril, por el cual se regulan los procedimientos de acogimiento familiar, adopción y determinación de la idoneidad, es importante en este caso ya que el ámbito de aplicación del Decreto es el territorio de las Islas Baleares, siendo independiente el Consejo insular que es competente para tramitar el procedimiento de adopción, establecido en el art. 2 del Decreto. Como podemos apreciar, es de aplicación porque los cónyuges están inscritos como pareja de hecho en Palma de Mallorca y Felipe tiene vecindad civil de las Islas Baleares.

En este Decreto, la Adopción está regulada en el Capítulo II. Aquí debemos mencionar el art. 24, en el que se mencionan las competencias en la adopción, y que dice:

“Corresponde a los Consejos Insulares, en su respectivo ámbito territorial, la gestión de los procedimientos de adopción y la elaboración de las propuestas previas, excepto en los supuestos en que no se requiera de acuerdo con el artículo 176.2 del Código Civil.”

Según este Decreto, la adopción también será válida porque nos remite otra vez al art. 176.2 CC, y como ya habíamos establecido anteriormente, estamos en uno de esos supuestos ya que Antonio es hijo de Leticia, cónyuge de Felipe que es el adoptante.

Por todo esto, cabe decir que la adopción de Antonio realizada por Felipe es válida porque nos encontramos en el supuesto 176.2.2º del Código Civil, ya que es hijo del cónyuge del adoptante. Al encontrarnos en esta situación, no es aplicable la diferencia de edad exigida en el Código Civil ni tampoco los requisitos establecidos en el Decreto 40/2006, de 21 de abril que únicamente tiene vigencia en las Islas Baleares.

IV.SOBRE LA POSIBILIDAD DE LETICIA DE SOLICITAR EL DIVORCIO Y SOBRE UNA POSIBLE PENSIÓN DE ALIMENTOS PARA ANTONIO Y LUCÍA.

Etimológicamente, familia procede de *dha* (asentar), *dhaman* (asiento, morada). Asimismo, se le atribuye la procedencia de *famulum* (criado). En Roma, la familia era el conjunto de esclavos que eran propiedad de un mismo dueño, el conjunto de *fámulos* que dependían del paterfamilias. Pero también era el conjunto de personas libres unidas por cierto parentesco. Así pues, se podría considerar la familia como el conjunto de personas que viven bajo un mismo techo y donde satisfacen sus primeras necesidades; de esta convivencia se pueden generar ciertos derechos.¹⁴ Felipe, Leticia, Antonio y Lucía forman una familia.

1. Sobre la posibilidad de Leticia de solicitar el divorcio.

El 25 de mayo de 2015 Felipe y Leticia contraen matrimonio en Barcelona, su última residencia habitual.

El Código Civil establece que para la disolución del matrimonio, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, esta se hará por lo siguiente: por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio (art. 85 CC).

¹⁴ LORENZO-REGO, I. *El concepto de familia en Derecho español: un estudio interdisciplinar*. Ed. J. Mª Bosch Editor. Barcelona 2014, págs. 19 – 20.

Tradicionalmente, el divorcio se definía como la «Institución que permite la disolución del vínculo matrimonial en vida de ambos cónyuges y por efecto de una decisión judicial, en atención a causas posteriores a la celebración del matrimonio». Es decir, se optaba por un «modelo causalista»; sin embargo entre la opción divorcio remedio o divorcio sanción, la práctica judicial optó por la primera alternativa; así se prescinde de criterios de imputación culpabilística, para vincular la declaración de divorcio a la concurrencia de causas demostrativas de la existencia de una ruptura efectiva del matrimonio. En definitiva, tal opción ha sido consolidada normativamente, en términos predominantemente objetivos, en el Derecho español, a través de la Ley 15/2005, de 8 de julio, de Separación y Divorcio, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ahora dispone el art. 86 del CC que «Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81».¹⁵

Las causas, motivos o razones que había que aportar para que se consiguiera el divorcio, generalmente estaban amparados en la “culpa” de uno de los cónyuges, merecedora de “reproche”, “castigo” o “sanción” han sido abolidos, de suerte que, en el momento presente, la única causa alegable en el proceso de divorcio es la libre voluntad de, al menos, una de las partes, pudiendo, desde luego, quienes conforman dicho proceso, alegar en su beneficio lo que deseen; sin embargo, el éxito de la pretensión de divorcio no dependerá de la alusión a causas, motivos o razones, sino solo de la voluntad de quién o quiénes manifiesten ante el Tribunal su intención de disolver el vínculo matrimonial. Al ser la libre manifestación de la voluntad de al menos uno de los cónyuges el único requisito exigible hace que el demandado no pueda oponerse ni el Juez denegarla.¹⁶

El Código exige en su art. 81 el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio para poder solicitar el divorcio. Sin embargo, no es necesario que transcurra este plazo si se acredita que existe un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. A la demanda de divorcio también debe de acompañar una propuesta de convenio regulador, y, si lo solicita uno solo de los cónyuges una propuesta fundada de medidas que regule los efectos del divorcio.

Como podemos ver, el único requisito que impone el Código Civil es el transcurso de tres meses desde que los cónyuges contrajeran matrimonio. En el caso que nos ocupa, vemos que se casan el 25 de mayo de 2015 y que el último dato del que disponemos de la pareja es del 16 de junio de 2016, fecha en la que tienen una discusión y todavía siguen juntos. De todo esto extraemos que el tiempo de duración del matrimonio es superior a tres meses. Sin embargo, en el caso de Felipe y Leticia debemos volver a referirnos al apartado dos del presente trabajo, en el que se trataba sobre la validez del matrimonio entre ambos. En esa cuestión concluimos que el matrimonio no era válido ya que se encontraban ante un impedimento para contraer matrimonio, para el que

15

¹⁶ CALAZA LÓPEZ, S. *Los procesos matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*. Ed. Dykinson, S.L. Madrid 2009, págs. 41 - 42

podían solicitar la dispensa, pero nada se nos decía al respecto sobre si se había solicitado o no.

Por lo tanto habría dos opciones: que hubieran solicitado la dispensa o no.

Si hubieran solicitado la dispensa del impedimento matrimonial que acusa su matrimonio, para la que no tienen plazo para solicitarla, el matrimonio sería válido y, por lo tanto, Leticia podría solicitar el divorcio ante el Juez o ambos cónyuges de mutuo acuerdo de los cónyuges ante el Secretario Judicial o ante Notario (arts. 86 y 87 CC),

Al ser ese el único requisito para la solicitud del divorcio, podemos ver que Leticia sí que podría solicitar el divorcio, al ser solicitado por uno solo de los cónyuges, Leticia deberá aportar junto a la demanda de divorcio la propuesta fundada de medidas. En este sentido podemos citar la Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Bilbao 28/2013, de 10 de octubre (JUR/2013/379453), en el que se estima el divorcio debido a que habían transcurrido los tres meses necesarios y se había aportado el convenio regulador ya que era de mutuo acuerdo.¹⁷

Si no se hubiera solicitado dispensa, el matrimonio sería nulo por lo que no se podría solicitar el divorcio sino la nulidad.

La nulidad matrimonial constituye un remedio a las situaciones de crisis conyugal que ha sido considerado, entre la Judicatura, como excepcional, debido a la negación de validez *a posteriori* de un contrato matrimonial aparentemente válido, razón por la que el Juez habrá de ser especialmente cauteloso a la hora de decretar dicha solución jurídica, exigiéndose que conste la concurrencia de los datos fácticos tipificados en las causas legalmente establecidas.¹⁸

La excepcionalidad de la disolución por nulidad del matrimonio podemos verla en que en el año 2014 se produjeron: 100.746 divorcios (95,1% del total), 5.034 separaciones (4,8% del total) y solamente 113 nulidades (0,1% restante).¹⁹

Como ejemplo podemos citar la SAP de Teruel 8/2015, de 24 de marzo (JUR/2015/123212), en el que se anula un matrimonio porque hay un impedimento de consanguinidad hasta el tercer grado. En el caso de la sentencia, los contrayentes son parientes de tercer grado, al igual que nos ocupa ahora y tampoco se había obtenido dispensa.²⁰

¹⁷ Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Bilbao 28/2013, de 10 de octubre (JUR/2013/379453): “para acreditar el divorcio, al igual que en el caso de la separación, basta con acreditar haber transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio y aportar el convenio regulador si lo piden consensuadamente, como en este caso, los cónyuges o la propuesta fundada de medidas si lo pide uno solo de ellos. Así las cosas, habida cuenta de lo actuado y obrante en autos, siendo que dada la fecha del matrimonio concurre sobradamente en el presente caso lo reseñado en el artículo transcrito con anterioridad, es procedente estimar la disolución por divorcio del matrimonio.”

¹⁸ CALAZA LÓPEZ, S. *Los procesos matrimoniales en España*, cit. págs. 48-49

¹⁹ Datos tomados del Instituto Nacional de Estadística E.I: <http://www.ine.es/prensa/np927.pdf>

²⁰ SAP de Teruel, 8/2015, de 24 de marzo (JUR/2015/123212): “estimando íntegramente la demanda del Ministerio Fiscal [...] debo declarar y declaro la nulidad de su matrimonio [...]. Conforme a ello y siendo que la desestimación de este primer motivo obliga irremediabilmente a confirmar el fallo de la sentencia.”

2. Sobre una posible pensión de alimentos para Antonio y Lucía.

La pareja tiene dos hijos: Antonio y Lucía.

Antonio es hijo de Leticia por naturaleza; sin embargo, es hijo de Felipe por adopción, de la que iniciaron los trámites el 13 de octubre de 2014, y como se establece en el Código Civil, la filiación puede tener lugar por naturaleza y adopción (art. 108). Como ya hemos tratado en el apartado tres de este trabajo, consideramos que la adopción fue válida.

Lucía es hija del matrimonio y nació el 18 de abril de 2016.

La RAE da varias definiciones de pensión, de la que podemos traer a colación las siguientes: cantidad periódica, temporal o vitalicia, que la seguridad social paga por razón de jubilación, viudedad, orfandad o incapacidad; y como un auxilio pecuniario que bajo ciertas condiciones se concede para ampliar estudios o conocimientos científicos, artísticos o literarios.²¹

Ahora hay que saber que entendemos por la pensión alimenticia, ya que esta puede ofrecer dos distintos contenidos. El primero de ellos, es el supuesto del establecimiento de tal pensión, limitada, en su contenido, a la satisfacción de aquello que resulta puramente indispensable para la subsistencia de quien los recibe. Sin embargo, la segunda de estas formas de consideración de la pensión de alimentos, amplía su entidad a todo aquello que resulta necesario para vivir y mantenerse el alimentista con arreglo a su estado y circunstancias.²²

El Código Civil en su art. 93 nos dice que en todo caso, el Juez va a determinar la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos. También dice que se tienen que adoptar las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

Esta obligación de alimentos debemos de ponerla en relación con el art.154.1 con el deber de que quien tenga la patria potestad debe velar por los hijos menores no emancipados, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

Por último, el Código en su art. 142 nos establece que alimentos es todo lo que es indispensable para el sustento, habitación vestido y asistencia médica; además, si es menor de edad o cuando su formación no haya acabado, los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista.

El contenido mínimo de la pensión de alimentos supone el límite, por debajo del cual, quedaría comprometido el cumplimiento del deber de alimentar a los hijos. Es decir, todas las atenciones mortales indispensables. Se trataría de los “auxilios necesarios para la vida”, que se determinan estrictamente en atención a las necesidades del que los recibe. El contenido mínimo no es único y autónomo sino que ha de conectarse con el principio de proporcionalidad y atender las necesidades que se produzcan “en cada momento”, introduciendo así un matiz flexible y realista. El hijo va pasando por

²¹ Definición extraída de la RAE E.I: <http://dle.rae.es/?id=STjpVeQ>

²² SAURA ALBERDI, B. *La pensión compensatoria*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2004, pág. 93.

sucesivas etapas en constante evolución y, normalmente, progresión, en el sentido de que a medida que crece, aumentan también los gastos que ocasiona. Así pues, también las necesidades vitales pueden ir cambiando. La jurisprudencia menor tiene en cuenta la teoría del “mínimo vital” cuando el padre carece de ingresos, estos son insuficientes o es declarado incapaz.²³

La fijación del límite máximo de la pensión de alimentos es una tarea complicada ya que la filiación implica, en cierto modo, la participación de los hijos en la vida de los padres. En principio se produce a nivel físico, pero rápidamente se expande a otros niveles como el material y afectivo, siendo afectados por el status que posean sus progenitores. Cuando los hijos gozan de un determinado nivel de vida, la ruptura de sus padres no debería perjudicarles más allá de sus consecuencias lógicas. El alcance de la obligación, alimenticia no tiene, en todo caso, la misma dimensión ni cualitativa ni cuantitativa porque se encuentra condicionada por el entorno social en que se desenvuelve la vida cotidiana familiar, que, en ocasiones, viene a crear una serie de necesidades que han de calificarse normales u ordinarias y que valoradas en otro ámbito distinto podrían, por el contrario, alcanzar el rango de excepcionales o extraordinarias. Se exige, además, no solo la obligación de tener en cuenta el nivel económico de la familia al fijar la pensión alimenticia sino el de “mantener” el status económico o, en su caso, el de “recuperarlo” si se ha acreditado que voluntariamente se han renunciado a ingresos adicionales con objeto de aminorar la prestación debida.²⁴

Un ejemplo en el que se fija una pensión equilibrada entre ambos cónyuges en la STSJ de Cataluña 71/2015, de 14 de octubre (RJ/2015/5553), en la que se fija una distribución proporcional de la pensión alimenticia para el abono de los alimentos de los menores que se fijará en atención a las necesidades de estos al tiempo que estén con cada uno de los progenitores y de la capacidad económica que poseen estos últimos.²⁵

Otro ejemplo, esta vez en la que la pensión de alimentos se reduce es la STSJ de Cataluña 17/2016, de 21 de marzo (RJ/2016/2051), en la que los menores están en compañía del padre y se acuerda que se reduzca la pensión de alimentos con la que colabora la madre a su mantenimiento (se pasa de 200 euros por hijo a 100 euros por hijo) debido a la precaria situación en la que esta se encuentra y, si mantuviera esa pensión, la llevaría inevitablemente a la insolvencia.²⁶

Como último ejemplo jurisprudencial, debemos citar la SAP de Sevilla de 17 de marzo de 2004 (AC/2004/382), en la que se decreta un aumento de la pensión de alimentos

²³ LÁZARA PALAU, C. M. *La Pensión Alimenticia de los Hijos. Supuestos de separación y divorcio*. Ed. Thomson Aranzadi. Cizur Menor 2008, pág. 30

²⁴ LÁZARA PALAU, C. M. *La Pensión Alimenticia de los Hijos*, cit., pág. 31.

²⁵ STSJ de Cataluña 71/2015, de 14 de octubre (RJ/2015/5553): “Ello supone que, aun en el caso de establecer una custodia compartida, el juzgador no puede dejar de analizar las posibilidades económicas de los padres en relación con las necesidades de los hijos, para, en función de los parámetros indicados, resolver lo que proceda conforme a derecho en orden a los alimentos precisos para cubrir sus necesidades de carácter ordinario y extraordinario en la proporción que proceda.”

²⁶ STSJ de Cataluña 17/2016, de 21 de marzo (RJ/2016/2051): “o, por lo que se refiere al presente supuesto y pese a constatar que la situación económica de la actora [...] le abocará inevitablemente a la insolvencia, puesto que ganaba en el momento de dictarse la sentencia de apelación poco más de 400 euros al mes, con los que no le será posible hacer frente a la mitad de la cuota hipotecaria y a los alimentos stricto sensu establecidos finalmente, debemos confirmar la sentencia de la Audiencia Provincial.”

debido a que el padre es un adinerado futbolista con unos importantes ingresos económicos y que la pensión se corresponda a los gastos y necesidades de las hijas.²⁷

De todo esto, podemos concluir que si poseen la custodia compartida de los menores, Felipe y Leticia deben de hacerse cargo de los menores en proporción a las necesidades de estos y a las posibilidades económicas de los padres, por lo que Felipe se hará cargo en una mayor proporción debido a que Leticia abandonara su trabajo y él tenía unos ingresos mensuales netos de unos 5.000 euros, tal y como se nos explica en el caso.

Si la custodia se atribuyera a Leticia, Felipe debería de colaborar en una mayor que la cantidad mínima de sustento, debido a que como este recibe unos ingresos mensuales elevados, para que sus hijos puedan mantener un nivel de vida acorde al que estaban manteniendo y en proporción al que lleva su padre para que la ruptura matrimonial de los cónyuges no afecte a los menores.

Por último, decir que si la custodia se le atribuyera a Felipe, Leticia debería abonar una pensión alimenticia menor debido a que una de sus obligaciones al ostentar la patria potestad es alimentarlos, pero, como ella no posee ingresos al haber abandonado su trabajo y depender económicamente totalmente de su marido, el pago de una pensión de alimentos, aunque sea solo para cubrir lo mínimo indispensable, podría llevarla a la insolvencia. Incluso podría suspenderse temporalmente y con carácter muy excepcional la obligación por carecer Leticia de ingresos, tal y como establece la STSJ de Cataluña, de 17/2016, de 21 de marzo (RJ/2016/2051).²⁸

V.ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA DONDE RESIDEN ACTUALMENTE, SITA EN LUGO.

El 25 de mayo de 2015 Felipe y Leticia contraen matrimonio en Barcelona, su última residencia habitual, en el ayuntamiento y ante la alcaldesa. Una semana antes de la boda, María, la madre de Felipe, se reúne con ellos para hablar sobre el regalo de bodas. El regalo será una casa situada en Lugo. Entre los tres acuerdas que sea Felipe el propietario de la vivienda y que María se ocupe de todos los trámites legales que sean necesarios.

²⁷ SAP de Sevilla, de 17 de marzo de 2004 (AC/2004/382): “los ingresos económicos del Sr., [...] sí son muy superiores al nivel de renta medio y ello lógicamente ha de tener su repercusión al establecer la cuantía de la pensión alimenticia de las hijas que debe estar en consonancia con el nivel de renta y bienestar del que puede disfrutar su padre. Ahora bien, para fijarlo también debe tenerse en cuenta las necesidades de las hijas, y desde luego para satisfacer las necesidades de dos niñas de siete y cinco años y darles un nivel de vida y bienestar que corresponda con el que puede disfrutar su padre por su nivel de renta.”

²⁸ STSJ de Cataluña, de 17/2016, de 21 de marzo (RJ/2016/2051): “solo con carácter muy excepcional y con criterio restrictivo y temporal será posible decretar la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante.”

Los regalos de boda podemos entender que son una especie de donaciones²⁹ caracterizadas por otorgarse antes del matrimonio, en consideración del mismo y esta donación puede realizarse a favor de uno o de los dos esposos.³⁰

A estos regalos de boda se refiere el Código Civil en su Capítulo III al que se le llama “De las donaciones por razón del matrimonio.”

Por lo tanto, ya tenemos una primera conclusión, los regalos son donaciones. Por consiguiente, todos los regalos (donaciones) realizados antes de celebrarse el matrimonio, no podrán considerarse bienes gananciales. Los realizados después de contraer matrimonio podrán considerarse gananciales, salvo que el donante haya dispuesto otra cosa, pues el art. 1339 CC dice “Los bienes donados conjuntamente a los esposos pertenecerán a ambos en pro indiviso ordinario y por partes iguales, salvo que el donante haya dispuesto otra cosa”.³¹

Por lo tanto, podría haber dos opciones: una primera, que se entregue solamente a uno de los esposos, si esto es lo que ha dispuesto el donante; o que pertenezcan a ambos cónyuges al 50%, tal y como establece el art. 1399 CC, anteriormente citado. Esto dependerá del momento en el que se realice la donación y de la intención que tenga la persona que dona el bien.

En este caso, podemos ver que la intención de María, aunque sea una donación de bodas, es donárselo a su hijo ya que entre ellos acuerdan que el propietario de la casa sea Felipe.

Al ser la intención del donante que la propiedad donada pertenezca a solo uno de los cónyuges, y el donante lo deja claro en todo momento, podemos concluir que la vivienda donde residen es propiedad de Felipe.

En este sentido, podemos citar la STS 15/2004, de 30 de enero (RJ/2004/438), en la que se establece que no hay bienes gananciales debido a que los regalos realizados a la esposa con razón del matrimonio son bienes privativos suyos y no pertenecen a ambos cónyuges.³²

En el supuesto de hecho también podemos ver como María, madre de Felipe, llama a su hijo para que la ayude con la rehabilitación y la cuide, ya que esto era lo que habían acordado tras la donación del piso.

Las donaciones por razón de matrimonio hechas por terceros, es decir, no por los cónyuges, se entiende que será causa de revocación del tipo “incumplimiento de

²⁹ El art. 618 CC define la donación como un acto de liberalidad, en el que una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra; esta otra persona tiene que aceptar la cosa.

³⁰ Aranzadi E.I:
<http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es/maf/app/document?docguid=Ie199e270254311e0b4f2010000000000&srguid=i0ad82d9b0000015c687d537b7fb9ee48&src=withinResuts&spos=1&epos=1>

³¹ Servicios Jurídicos Ibenses E.I: <http://serviciosjuridicosibenses.es/regalos-de-boda-bienes-gananciales-o-privativos/>

³² STS 15/2004, de 30 de enero (RJ/2004/438): “Las pruebas aportadas a los autos acreditan que tales regalos fueron hechos exclusivamente a la esposa y no conjuntamente a ambos futuros contrayentes pues no existe en autos prueba alguna que permita afirmar esa donación conjunta a ambos. Por tanto debe declararse la propiedad exclusiva de la recurrente sobre los repetidos regalos que se relacionan en el fundamento jurídico décimo de la sentencia recurrida.”

cargas”, el incumplimiento de las cargas que haya impuesto el donante y la separación, el divorcio y la nulidad matrimonial (art. 1343 CC); por lo que habían acordado tras la donación del piso que la pareja cuidara y ayudara a María, esta era carga que habría impuesto la donante, por lo que esta podría revocar la donación si no se hicieran cargo de ella.

En este sentido podemos mencionar la STS 422/2015, de 20 de julio (RJ/2015/4460) en la que se revoca la donación realizada de unos padres a su hija porque resultaron ofendidos la gratitud de los donantes en relación con el comportamiento que tenía la donataria. Aunque en este caso fueran otros motivos las causas de ingratitud, ya que en esta sentencia se habla de maltrato de obra o psicológico, se llega a revocar la donación realizada por ingratitud de la hija a los donantes, que en el caso también eran sus padres.³³

La vivienda de la que tenemos que atribuir el uso es en la que residen actualmente en Lugo, y que fue donada por María.

La vivienda familiar se corresponde con el espacio físico, generalmente cerrado, que es ocupado por los componentes de una pareja y, en su caso, por los descendientes más próximos, (hijos), y que a su vez constituye el núcleo básico de su convivencia, es decir, el lugar donde se desarrollan habitualmente los quehaceres cotidianos más íntimos. Tal espacio puede tener diferente forma, puede situarse en un ámbito rural o urbano y puede incluso ser compartido con otras personas, (parientes o no), o familias, pero lo que le caracteriza y diferencia de otros es que simboliza y encarna uno de los aspectos de la vida más preciados por el ser humano, cual es el de su intimidad personal y familiar.³⁴

A la hora de fijar el domicilio conyugal, el art. 70 del Código Civil les permite a la pareja elegirlo de mutuo acuerdo.

Por lo tanto, la vivienda de Lugo es la que podemos considerar vivienda familiar ya que en el caso se nos dice que tras la donación del piso como regalo de bodas, Felipe y Leticia deciden mudarse a Lugo ya la empresa de tecnología en la que trabaja Felipe tiene una sede allí y desde que la familia traslada su domicilio a allí, conviven siempre en aquella casa.

Podemos citar la STS 1199/1994, de 31 de diciembre (RJ/1994/10330), en la que se habla de la protección de la vivienda familiar, sean quien sea el propietario; esta protección se manifiesta como un bien familiar y con la protección que la familia tiene al uso.³⁵

³³ STS 422/2015, de 20 de julio (RJ/2015/4460) : “por lo que el precepto debe interpretarse, en sentido laxo, con relación a todo posible delito por el que pudiera resultar ofendido el donante en su gratitud, como a la innecesaridad que, a tales efectos, se haya producido una sentencia penal condenatoria, ni tan siquiera que el procedimiento penal se haya iniciado; bastando la existencia de una conducta del donatario socialmente reprochable, que revistiendo caracteres delictivos, aunque no estén formalmente declarados como tales, resulte ofensiva para el donante”.

³⁴ Definición dada por la SAP de Las Palmas 587/2005, de 17 de noviembre (JUR/2006/35340).

³⁵ STS 1199/1994, de 31 de diciembre (RJ/1994/10330): “Nuestro ordenamiento jurídico protege la vivienda familiar, tanto en situación normal del matrimonio como en los estados de crisis, separación o divorcio. La protección se manifiesta en primer lugar creando el concepto de vivienda familiar, al que se refieren los arts. 87, 90 B), 91, 96 y 103.2 CC; bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario.”

En relación con la atribución de la vivienda, debemos citar el art. 96 CC, que dice que:

“En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando alguno de los hijos quede en compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.”

Del análisis del art. 96 CC, relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales, podemos distinguir varias situaciones, según exista acuerdo o no de los cónyuges; según haya o no hijos y en caso de que los hubiere, según sean menores, incapacitados o mayores de edad.³⁶

De esto cabe decir que el uso de la vivienda familiar se le atribuirá al cónyuge que quede en compañía de los hijos, sea quien sea el propietario del domicilio. En este sentido podemos volver a referirnos a la sentencia anteriormente citada STS 1199/1994, de 31 de diciembre (RJ/1994/10330), en la que se establece que debe regularse el uso de la vivienda familiar y que estará protegido por el derecho que la familia tiene al uso, además, este es un derecho que la familia ya tenía.³⁷

Este derecho de la protección de la familia también está plasmado en nuestra Constitución cuando se asegura la protección social, económica y jurídica de la familia por los poderes públicos (art. 39.1 CE).

Es principio fundamental en el Derecho de Familia la protección de los hijos, o *favor filii*. Este principio puede concretarse en el criterio de mantener la estabilidad del menor en su mismo entorno social y escolar para no someterlo a cambios radicales de la misma, ya que su estabilidad es importante para su desarrollo.³⁸

³⁶ LUQUE JIMÉNEZ, M. C. *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles en España. Madrid 2012, pág. 55.

³⁷ STS 1199/1994, de 31 de diciembre (RJ/1994/10330): “En las situaciones de crisis de familia, el Código establece la protección del artículo 90 contenida en el convenio regulador, que ha de referirse entre otros extremos a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, y la protección del artículo 96 en el que se contienen normas para la atribución de la vivienda familiar atendiendo al interés más digno de protección [...]. Pero siempre ha de tenerse presente que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí solo proteger el que la familia ya tenía.”

³⁸ LUQUE JIMÉNEZ, M. C. “*La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar...*” cit. págs. 57 - 58

En el sentido de atribución de la vivienda al cónyuge que se queda con la guardia y custodia de los hijos podemos citar diversa jurisprudencia. A veces este uso y disfrute se dispone durante un cierto período de tiempo y otras veces se hace sin ninguna limitación temporal.

Este carácter temporal es predicable en los supuestos contemplados en los dos primeros párrafos del artículo 96 del CC, pues su duración dependerá del momento en que los hijos menores alcancen la mayoría de edad, ya que tal atribución viene determinada, única y exclusivamente, por razón de su minoría de edad, sin perjuicio de que el uso pueda mantenerse por más tiempo, como se puede ver en el caso en que el cónyuge beneficiario de esta medida siga ostentando el interés más necesitado de protección y con sujeción a un tiempo prudencial.³⁹

En primer lugar, la STS 117/2017, de 22 de febrero (RJ/2017/1079), en la que se le atribuye el uso de la vivienda a los hijos y a la progenitora en cuya compañía residen. Esto se hace por la protección del interés de los menores. No hay una limitación temporal al uso de la vivienda porque se considera improcedente y que este límite solo está reservado para supuestos excepcionales.⁴⁰

También se podría atribuir el uso de la vivienda pero limitado a un cierto período de tiempo. Esta limitación temporal está reservada a por ejemplo cuando los hijos se convierten en mayores de edad, debido a los altos ingresos económicos que percibe el cónyuge al que se le atribuye la guardia y custodia o por el tipo de régimen de guarda y custodia que tengan los padres.

Un ejemplo de la atribución de la vivienda con una cierta limitación temporal es la STS 294/2017, de 12 de mayo (JUR/2017/123820), en la que se le atribuye el uso de la vivienda familiar a las hijas y a la madre durante un período de tres años. Este límite se debe a las circunstancias de empleo de la madre, a la edad de las menores y a que la guarda y custodia de las menores es compartida, no se atribuye exclusivamente a la madre.⁴¹

Como anteriormente hemos dicho, la vivienda familiar se le atribuirá al cónyuge que quede en compañía de los hijos, sea quien sea el propietario. Si el cónyuge al que se le atribuye la guarda y custodia de los hijos no es el propietario, o la vivienda no posee a la sociedad de gananciales, podrían darse dos situaciones: que la vivienda sea propiedad del otro cónyuge, o que pertenezca a un tercero. La atribución se le realizará igualmente al progenitor que se quede con los menores.

³⁹ LUQUE JIMÉNEZ, M. C. “*La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar...*” cit. pág. 114

⁴⁰ STS 117/2017, de 22 de febrero (RJ/2017/1079): “La sentencia reconoce que la atribución del derecho de uso, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, es una «manifestación del principio del interés de los menores que no puede ser temporalmente limitado por el juzgador mientras aquellos sigan siéndolo, por cuanto el interés que protege el artículo 96 del Código Civil no es la propiedad de los bienes, sino los derechos de los menores en situación de crisis».”

⁴¹ STS 294/2017, de 12 de mayo (JUR/2017/123820): “está estableciendo que la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre con el que conviva, pues ya la residencia no es única [...], se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, [...] transcurrido el cual quedará supedita al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.”

Un ejemplo de la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges siendo el otro el propietario es la STS 522/2016, de 21 de julio (RJ/2016/3445), en la custodia es compartida y la vivienda es un bien privativo del esposo, pero se le atribuye el uso y el disfrute a la menor y a su madre durante un período de dos años.⁴²

Para terminar con los ejemplos jurisprudenciales en los que se le atribuye la vivienda al cónyuge al que le corresponde la guarda y custodia de los hijos, podemos citar la SAP de Badajoz 170/2016, de 6 de julio (JUR/2016/193697), en el que la vivienda familiar es propiedad de los padres de uno de los cónyuges. El conflicto aquí se produce porque la separación de los cónyuges no tiene nada que ver con los terceros propietarios. Se soluciona asignando el uso y disfrute de la vivienda familiar a la exesposa y a hija con la que convive durante un período de cinco años; aquí lo que valora el Tribunal es el interés más necesitado de protección.⁴³

En conclusión, decir que la atribución de la vivienda familiar se le realizará al cónyuge al que se le atribuya la guarda y custodia de los dos hijos menores de la pareja. Aunque supongamos que la vivienda familiar es propiedad de Felipe por ser una donación por razón del matrimonio hecha en exclusiva a él, y la compañía se los menores de la atribuya a Leticia, el uso y disfrute se le atribuiría a Leticia, ya que lo que se defiende es el derecho de uso que la familia también posee.

Si la guarda y custodia de los hijos fuera compartida, el uso y disfrute de la vivienda, sea propiedad de Felipe o pertenezca a la sociedad de gananciales, también se la atribuiríamos a Leticia, por representar aquí el interés más necesitado de protección, aunque aquí podríamos limitar el tiempo a que la exesposa consiga rehacer su situación económica ya que abandonó su trabajo y su blog de moda, que también le aportaba ingresos, al poco de empezar su relación con Felipe.

Por último, concluir que si María hiciera revocación de la donación por no haberse hecho cargo de hecha tal y como habían establecido en el momento de hacerla y la guarda y custodia de Antonio y Lucía le correspondiera a Leticia, podría hacer uso esta última de la vivienda conyugal; siempre y cuando María no intentara recuperarla antes ya estaría legitimada por no existir ningún título y este derecho de uso de la familia no puede perjudicar a terceros.

⁴² STS 522/2016, de 21 de julio (RJ/2016/3445): “se trata de un tiempo suficiente que va a permitir a la esposa rehacer su situación económica [...] y le permita, como consecuencia, acceder a una vivienda digna para atender a las necesidades del hijo menor durante los períodos de efectiva guardia.”

⁴³ SAP de Badajoz 170/2016, de 6 de julio (JUR/2016/193697): “Procede mantener la atribución del uso del domicilio familiar [...] a favor de la esposa y de la hija mayor de edad, que representan el interés más necesitado de protección [...] La referida no es propiedad ni de ambos, ni de uno de los cónyuges, sino de los padres del demandado [...] esta atribución del uso de la vivienda familiar a la actora y a su hija, lo es durante el plazo referido, siempre y cuando sus propietarios no intenten recuperarla antes mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que están legitimados por la inexistencia de título, supuesto en el que aquellas deberán abandonar esa vivienda, propiedad de los padres del demandado.”

VI.SOBRE LAS ACTUACIONES DE FELIPE Y SI SON CONSTITUTIVAS DE DELITO.

Durante las Navidades del 2015, la familia celebra las fiestas en su casa invitando a sus familiares para la cena de Nochevieja. Leticia prepara toda la cena junto a su suegra mientras Felipe se encarga de atender a los invitados y charlas con ellos. Durante la cena, la familia no para de alabar lo rico que está todo, sobre todo su cuñada Eva ya que su marido no para de menospreciar su trabajo, porque “es lo menos que tiene que hacer si yo soy el que trabajo”. Esta actitud se repite cada vez que hay una comida familiar.

Ya instalados en Lugo, Leticia entabla amistad con las vecinas del edificio, y delante de ellas presume de lo atento y protector que es su marido, ya que siempre está pendiente de ella y le escribe por WhatsApp todo el rato para saber dónde está, con quién está y a qué hora va a volver a casa.

En marzo de 2016, la pareja discute constantemente por los cuidados que le tienen que realizar a María tras haberse caído por las escaleras. En una de las discusiones, Felipe le propina un empujón a su mujer diciéndole que es libre de irse, pero que si lo hace no va a volver a ver a sus hijos. Debido a este empujón, el médico le receta unos analgésicos a Leticia para el dolor.

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

Podemos definir violencia doméstica como todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad ejercida por un individuo sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.⁴⁴

La violencia de género la podemos definir como todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad ejercida sobre las mujeres 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; esta violencia es una manifestación de la

⁴⁴ Definición extraída del art. 173.2 del Código Penal. Aranzadi E.I: <http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es/maf/app/document?docguid=I4b3e1ac0254411e0b4f2010000000000&srguid=i0ad6adc50000015c9d045796ead666a0&src=withinResuts&spos=1&epos=1>

discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres.⁴⁵

La violencia doméstica es la expresión más utilizada con bastante diferencia en el ámbito hispánico. Cuando se contraponen el término violencia de género al de violencia doméstica, se señala que el concepto de género apunta a las relaciones hombre-mujer, y no a la familia, como objeto de su interés, para así resaltar que el entorno familiar o la pareja no agotan el tipo de violencia que cabe tener en cuenta; por tanto, el rasgo a destacar no sería el lugar de la violencia sino cualquier tipo de violencia contra las mujeres resultado de una estrategia de dominación ejercida por el varón para mantener su posición de poder.⁴⁶

El concepto "violencia de género" da nombre a un problema, que incluso hace poco, formaba parte de la vida personal de las personas; era considerado un asunto de familia que no debía trascender de puertas para fuera y, por lo tanto, en el que no se debía intervenir. Entender la violencia como un asunto personal refuerza a las mujeres a una situación de subordinación respecto del hombre e implica asumir las relaciones de poder históricamente desiguales entre ambos y a través de las cuales se legitima al hombre a mantener su *status-quo* de la dominación incluso a través de la violencia. Esta percepción contribuye a que las mujeres no denuncien su situación por miedo, vergüenza o culpabilidad. La discriminación de las mujeres y la violencia de género (como la manifestación más brutal de las desigualdades entre hombres y mujeres) es un problema que traspasa fronteras y que está presente en la mayor parte de los países del mundo con la particularidad de que las vivencias del maltrato son enormemente parecidas en todos los lugares y culturas.⁴⁷

Podemos considerar que hay violencia de género en este caso debido a los casos de violencia física a los que está sometida Leticia, tras los que en un par de ocasiones tiene que tomar analgésicos recetados por un doctor y en una de esas ocasiones además tiene que usar collarín y sufre un esguince en un pie; pero no hay violencia doméstica simplemente por esto, también por las coacciones⁴⁸ diciéndole que se puede ir de la casa, ya que es libre, pero que entonces no volverá a ver a sus hijos o la violencia psicológica a la que está sometida con la actitud de Felipe al menospreciar siempre el trabajo que realiza su mujer. Además, vemos que la violencia a la que está sometida Leticia es por la situación de superioridad en la que Felipe cree que se encuentra al depender su esposa completamente de él y no es una violencia que se basa en la pertenencia a la familia.

En relación a su marco legislativo, España tuvo que esperar hasta el año 2004 para encontrar un marco legislativo integral que luchara contra los malos tratos. El Estado

⁴⁵ Definición extraída del art. 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aranzadi E.I: <http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es/maf/app/document?docguid=I4b339370254411e0b4f2010000000000&sruid=i0ad6adc50000015c9e22b6acb6bdc636&src=withinResuts&spos=1&epos=1>

⁴⁶ OSBORNE VERDUGO, R. *Apuntes sobre violencia de género*. Ed. Bellaterra. Barcelona 2009, págs.28-32.

⁴⁷ Xunta de Galicia E.I: <http://igualdade.xunta.gal/es/content/que-es-la-violencia-de-genero>

⁴⁸ El art. 172 CP tipifica las coacciones, debiendo considerar como tal el empleo de toda acción antijurídica de violencia (sea física, intimidatoria o sobre las cosas) con el fin de impedir al sujeto pasivo hacer lo que la Ley no prohíbe, o para obligarle a hacer lo que no quiere, sea justo o injusto. Aranzadi E.I: <http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es/maf/app/document?docguid=Iaa0cb170254311e0b4f20100000000000&sruid=i0ad6adc50000015c9d12ca9b9ea243bc&src=withinResuts&spos=2&epos=2>

Español aprobó el día 22 de diciembre de 2004 la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Tras la aprobación de esta Ley hubo un incremento en el posicionamiento crítico de la sociedad ante la violencia debido al debate social suscitado por esta y, como consecuencia, disminuyó el número de muertes y aumentó el número de denuncias por malos tratos.⁴⁹

En este caso, además, la vez que discuten por los cuidados que deben realizar a María, la madre de Felipe, Leticia se encuentra en el último tramo de embarazo; cuando se encuentra embarazada, además de las repercusiones negativas de sobre la madre, se produce un incremento cuatro veces superior en el riesgo de que se dé a luz a un niño de bajo peso.⁵⁰

El art. 37 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género introdujo en el art. 153 CP un precepto por el que se castiga como delito causar un menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el art. 147.2 CP o golpear o maltratar de obra sin causar lesión, si la víctima es mujer que es o ha sido esposa del autor, o mujer que está o ha estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, cónyuge o ex cónyuge, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

En este art. 147 CP se recoge que quien cause a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental será castigado como reo del delito de lesiones, siempre que esta lesión necesite objetivamente para su sanidad, además de la primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. Si alguien causare a otro una lesión no incluida en lo anteriormente dicho, también será castigado con pena de multa.

En el caso que nos ocupa, además de la primera asistencia de Leticia al médico, este le tiene que recetar analgésicos, en otra ocasión aparte de los analgésicos tiene un esguince en un tobillo y tiene que usar collarín por lo que estas actuaciones son constitutivas de delito.

Como ejemplo de una actuación en la que se precisa tratamiento similar es la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº6 de Alicante 537/2016, de 15 de diciembre (ARP/2017/266), en la que tras que un hombre propinara a su mujer puñetazos, patadas, le golpea la cabeza contra el suelo y la arrastra escaleras arriba, le ocasiona un esguince cervical, para cuya curación necesita el uso de collarín y tratamiento farmacológico. Aunque los hechos no son como los de Leticia y Felipe, podemos ver que la forma de curación es similar ya que Leticia también acude a una primera visita al médico y para su curación le mandan collarín y analgésicos, y en el caso de la sentencia el hombre fue condenado como autor de un delito de lesiones.⁵¹

⁴⁹ GUTIÉRREZ ZORNOZA, M.; NOTARIO PACHECO, B.; MARTÍNEZ VIZCAÍNO, V. et al. *Violencia doméstica contra las mujeres en la prensa escrita*. Ed. Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca 2009. págs. 20 - 21.

⁵⁰ MAYORDOMO RODRIGO, V. *Aspectos criminológicos, victimológicos y jurídicos de los malos tratos en el ámbito familiar*. Ed. Universidad del País Vasco. Zarautz 2003. pág. 3.

⁵¹ Sentencia del Juzgado de lo Penal nº6 de Alicante 537/2016, de 15 de diciembre (ARP/2017/266): “La cuestión estriba en determinar si las lesiones sufridas por la víctima como consecuencia de la agresión requirieron para su sanidad únicamente de una primera asistencia facultativa, o necesitaron tratamiento médico para su curación. En el primer caso, nos hallamos ante el tipo básico de malos tratos del art. 153.1 CP y en el segundo ante el delito de lesiones agravadas del art. 148.4 CP. El problema se plantea porque

Por lo que, en este caso, también estaríamos ante un delito de lesiones agravados del art. 148.4º por haber sido la víctima esposa del autor.

En el caso que nos ocupa también se nos dice que Felipe está todo el rato pendiente de ella y que le escribe por WhatsApp todo el rato para saber dónde está, con quién está y a qué hora va a volver a casa y que cada vez que hay una reunión familiar Felipe no para de menospreciar el trabajo de Leticia. Esto lo podríamos catalogar como violencia psíquica en el art. 173.2 CP por el que se condena al que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o persona que esté o hubiera estado por una análoga relación de afectividad. La forma de control de Felipe por saber dónde está a todas horas y la menospreciación del trabajo de Leticia es una forma de maltrato psicológico.

Un ejemplo de condena por maltrato psíquico sería la SAP de Barcelona 576/2014, de 7 de junio (ARP/2015/1282), en el que se condena al marido por el art. 173.2 CP porque él decidía sobre todos los aspectos de la vida de su mujer, decidiendo lo que estaba bien o mal para ella y teniéndola controlada todo el día a través del teléfono móvil, y con esa reiteración por saber dónde estaba su mujer es donde se aprecia la habitualidad del maltrato.⁵²

La acción de coaccionar a Leticia para que no se vaya de casa diciéndole que no volverá a ver a sus hijos es delito porque el art. 39 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre añade un apartado segundo al art. 172 CP por el que se castiga como delito de coacciones al que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer, o esté ligada a él por una análoga relación de afectividad.

Como ejemplo de coacciones para que actúen de un determinado modo podemos mencionar la SAP de Huesca 152/2010, de 12 de noviembre (JUR/2011/50718), por el que se condena a un hombre por la falta de coacciones por usar unas determinadas palabras en este caso, podríamos mencionar que en la sentencia se refieren a frases como “que se atuviese a las consecuencias”, “que algún día la iba a pillar” o “que iría

si bien el Médico Forense marca la casilla de “primera asistencia”, el concepto de tratamiento médico es un concepto jurídico. La discusión se centra pues en determinar si el tratamiento farmacológico y el collarín prescrito a la víctima tiene la consideración de “tratamiento médico” a tales efectos. El Ministerio Fiscal considera que hay que estar al parte de urgencias, pues el informe forense se ha realizado a la vista, ya que la víctima no quiso ser reconocida, y entiende que, conforme a la doctrina del TS, la distinción entre la primera asistencia y el tratamiento médico radica en que en el primer caso solo se requiere para la sanación de una primera visita médica, sin pautas a seguir. [...] Tratamiento médico es pues cualquier actividad posterior necesaria para la recuperación, y por tanto, la prescripción de fármacos y del uso del collarín constituye tratamiento médico a estos efectos.”

⁵² SAP de Barcelona 576/2014, de 7 de junio (ARP/2015/1282): “, el acusado [...] consideraba en las fechas de autos, y aún hoy sigue considerando, pues así lo ha trasladado al tribunal, que tiene la potestad de decidir lo que es mejor para su esposa, así como lo que ella debe o no debe hacer, y de imponerle esa conducta por las buenas o por las malas, ignorando de forma contumaz que se trata de una mujer adulta y que ostenta, como los demás humanos, el derecho a la dignidad personal, a la integridad física y moral, o al de decidir de forma libre sobre todos los actos de su vida. Que ella se negara, que suplicara o que llorara como forma de oponerse a la inflexible voluntad de su marido, le era indiferente porque era él quien gozaba del poder de dirección y dominación sobre su esposa, quedando reducido el de ella al de someterse respetuosamente a sus designios. Precisamente conductas como la que nos ocupan, mantenidas en el tiempo, con episodios que revelan un clima de maltrato psicológico permanente que incide en la negación de la individualidad del otro, así como en puntuales maltratos físicos como los anteriormente descritos, que advierten a la víctima de lo que le pasará si no obedece sumisamente las decisiones del marido, encuentran adecuado acomodo en el artículo 173.2 del Código Penal [...] a cuyo amparo procede condenar al acusado.”

detrás de ella”. Si bien es cierto que Felipe no utiliza esas expresiones, sí que utiliza que Leticia es libre para irse, pero que si lo hace no va a volver a ver a sus hijos para con esa expresión conseguir que Leticia no lo dejara.⁵³

De todo esto, podemos concluir que las actuaciones de Felipe las podemos catalogar como delito de lesiones agravadas por el art. 148.4º CP; también existe un ambiente de maltrato psíquico habitual en atención al art. 173.2; y, por último Felipe también produce un delito de coacciones recogido en el art. 172 CP al intentar con sus palabras que Leticia actúe de un determinado modo.

VII.CONCLUSIONES.

1º) A Felipe le corresponde la vecindad civil de las Islas Baleares; esto es muy importante porque nos determina la ley aplicable. Le corresponde esta vecindad civil no sabemos si por nacimiento pero sí por residencia continuada en ese determinado lugar.

2º) La pareja de hecho no es válida porque al tener uno de los cónyuges vecindad civil de las Islas Baleares e inscribirse en aquel registro, la ley aplicable es la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables según la cual no pueden inscribirse como pareja de hecho los parientes colaterales hasta el tercer grado. Además, no hay ninguna manera para poder subsanar este requisito.

3º) El matrimonio entre Felipe y Leticia no es válido porque aunque en el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares no establezca ninguna incapacidad para contraer matrimonio; el Código Civil establece que no pueden contraer matrimonio los parientes colaterales hasta el tercer grado.

4º) Sin embargo, el matrimonio entre Felipe y Leticia se podría reconvertir en válido solicitando una dispensa con justa causa y a instancia de parte ante el Juez de Primera Instancia. Además, no se establece un plazo para solicitar la dispensa por lo que el matrimonio se podría convertir en válido en cualquier momento.

5º) La adopción de Antonio es válida porque aunque no tengan la diferencia de edad requerida entre adoptante y adoptado, esta no es necesaria al ser el adoptado hijo del cónyuge del adoptante.

6º) Felipe no necesita la propuesta de idoneidad para poder adoptar a Antonio debido a que este es hijo del cónyuge del adoptante.

⁵³ SAP de Huesca 152/2010, de 12 de noviembre (JUR/2011/50718): “Respecto a la alegación segunda del recurso, en la que se discute la tipificación de los hechos como constitutivos de coacciones, la jurisprudencia enseña que la violencia propia de esta infracción, [...] no es imprescindible una conducta física o violenta en sentido estricto para la comisión de las coacciones, sino que basta una acción intimidatoria o vis compulsiva, como aquí ha ocurrido, mediante las expresiones que han quedado transcritas en los anteriores antecedentes de hecho dirigidas por el acusado a la denunciante. En todo caso, tras el examen de las actuaciones, no aprecio error alguno cuando la sentencia apelada, en su fundamento jurídico segundo, párrafo penúltimo [...], mantiene que las palabras utilizadas tenían como finalidad compeler o forzar a la denunciante para que efectuase un determinado comportamiento que el acusado consideraba legal, y de ahí que los hechos puedan ser incardinados como falta de coacciones.”

7º) Leticia podría solicitar el divorcio; pero para eso, antes debería solicitar la dispensa para convertir el matrimonio en válido ya que si no sería como si no estuvieran casados.

8º) Si Leticia no solicita la dispensa para convalidar el matrimonio, en vez del divorcio podría solicitar la nulidad del matrimonio ya que lo contrajeron teniendo uno de los impedimentos que recoge el Código Civil.

9º) De la pensión de alimentos podemos concluir varias cosas: si ambos progenitores poseen la custodia compartida, deben hacerse cargo de los menores en proporción a las necesidades de estos y a las posibilidades económicas de los padres; si la custodia se atribuyera a Leticia, Felipe tendría que colaborar con una pensión alimenticia que ayude a sus hijos a mantener un nivel de vida acorde al de su progenitor; y, por último, si la custodia se le atribuye a Felipe, Leticia debería abonar una pensión alimenticia menor debido a que no posee ingresos, incluso podría suspenderse temporalmente y con carácter temporal su obligación por carecer de ingresos.

10º) La vivienda de la familia sita en Lugo es propiedad exclusivamente de Felipe, ya que las donaciones de boda pueden hacerse en favor de uno o de los dos cónyuges y debemos prestar atención a la intención del donante, y podemos ver que la intención de María, madre de Felipe y persona que realiza la donación, es que la vivienda sea propiedad de su hijo.

11º) El uso de la vivienda familiar se le atribuirá al cónyuge al que se le atribuya la guardia y custodia de los hijos menores de la pareja, sea de quien sea propiedad la vivienda. Si la guardia y custodia fuera compartida entre Felipe y Leticia, la atribución del uso de la vivienda sería a Leticia por ser el interés más necesitado de protección.

12º) Las actuaciones que Felipe realiza a su mujer son constitutivas de delito, y las podemos catalogar como un delito de lesiones agravadas por el art. 148.4º CP; un delito de maltrato psíquico habitual, recogido en el art. 173.2º CP y un delito de coacciones, art. 172 CP.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

CALAZA LÓPEZ, S. *Los procesos matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*. Ed. Dykinson, S.L. Madrid 2009.

FORNÉS DE LA ROSA, J. *Derecho Matrimonial Canónico*. Ed. Tecnos. Madrid 2014.

GUTIÉRREZ ZORNOZA, M.; NOTARIO PACHECO, B.; MARTÍNEZ VIZCAÍNO, V. et al. *Violencia doméstica contra las mujeres en la prensa escrita*. Ed. Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca 2009.

LÁZARA PALAU, C. M. *La Pensión Alimenticia de los Hijos. Supuestos de Separación y Divorcio*. Ed. Thomson Aranzadi. Cizur Menor 2008.

LORENZO-REGO, I. *El concepto de familia en Derecho español: un estudio interdisciplinar*. Ed. J. M^a Bosch Editor. Barcelona 2014.

LUQUE JIMÉNES, M. C. *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis familiar*. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid 2012.

MAYORDOMO RODRIGO, V. *Aspectos criminológicos, victimológicos y jurídicos de los malos tratos en el ámbito familiar*. Ed. Universidad del País Vasco. Zarautz 2003.

MOLINER NAVARRO, R. “Adopción, familia y derecho”. *Rev. Boliv. de Derecho*, nº 14, julio 2012.

OSBORNE VERDUGO, R. *Apuntes sobre violencia de género*. Ed. Bellaterra. Barcelona 2009.

PARRA LUCÁN, M. A. “La vecindad civil”, en AA.VV *Derecho de la Persona. Curso de Derecho Civil (I). Volumen (II)*. P. de Pablo Contreras (coord). Ed. Edisofer S.L, Madrid 2016

SAURA ALBERDI, B. *La pensión compensatoria*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2004.

TRAPERO BARREALES, M. A. *Matrimonios ilegales y derecho penal. Bigamia, matrimonio inválido, matrimonio de conveniencia, matrimonio forzado y matrimonio precoz*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2016.

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es/maf/app/document?docguid=I61dc29d0254311e0b4f2010000000000&srguid=i0ad6adc50000015c5b49fc3c320d6130&src=wihinResuts&spos=2&epos=2> Visitada el: 28/04/17

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es/maf/app/document?docguid=I686c00e0254311e0b4f2010000000000&srguid=i0ad6adc60000015c5eba308b083bcc6d&src=wihinResuts&spos=5&epos=5> Visitada el: 02/05/17

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es/maf/app/document?docguid=Ide4d0160254311e0b4f2010000000000&srguid=i0ad82d9a0000015c82bb1f71735b7589&src=wihinResuts&spos=5&epos=5> Visitada el 20/05/17

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es/maf/app/document?docguid=Ie199e270254311e0b4f2010000000000&srguid=i0ad82d9b0000015c687d537b7fb9ee48&src=wihinResuts&spos=1&epos=1> Visitada el: 05/06/17

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es/maf/app/document?docguid=I4b3e1ac0254411e0b4f2010000000000&srguid=i0ad6adc50000015c9d045796ead666a0&src=wihinResuts&spos=1&epos=1> Visitada el: 09/06/17

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es/maf/app/document?docguid=I4b339370254411e0b4f2010000000000&srguid=i0ad6adc50000015c9e22b6acb6bdc636&src=wihinResuts&spos=1&epos=1> Visitada el: 09/06/17

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es/maf/app/document?docguid=Iaa0cb170254311e0b4f2010000000000&srguid=i0ad6adc50000015c9d12ca9b9ea243bc&src=wihinResuts&spos=2&epos=2> Visitada el: 10/06/17

<https://dialnet-unirioja-es.accedys.udc.es/servlet/articulo?codigo=4800130> Visitada el: 02/05/17

<http://dle.rae.es/?id=STjpVeQ> Visitada el: 01/06/17

<http://igualdade.xunta.gal/es/content/que-es-la-violencia-de-genero> Visitada el: 10/07/17

<http://www.ine.es/prensa/np927.pdf> Visitada el: 01/06/17

<https://www.legalitas.com/abogados-para-particulares/actualidad/articulos-juridicos/contenidos/Las-parejas-de-hecho-en-Espana> Visitada el: 20/04/17

<http://serviciosjuridicosibenses.es/regalos-de-boda-bienes-gananciales-o-privativos/> Visitada el: 05/06/17

IX. JURISPRUDENCIA.

1. Tribunal Supremo.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Civil, ponente José Antonio Seijas Quintana, sentencia número 117/2017, de 22 de febrero de 2017. RJ/2017/1079

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Civil, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas, sentencia número 522/2016, de 21 de julio de 2016. RJ/2016/3445

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Civil, ponente Francisco Javier Orduña Moreno, sentencia número 422/2015, de 20 de julio de 2015. RJ/2015/4460

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Civil, ponente Eduardo Baena Ruiz, sentencia número 704/2015, de 16 de diciembre de 2015. TOL 5.643.499

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Civil, ponente Pedro González Poveda, sentencia número 15/2004, de 30 de enero de 2004. RJ/2004/438

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Civil, ponente Jesús Marina Martínez-Pardo, sentencia número 1199/1994, de 31 de diciembre de 1994. RJ/1994/10330

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Civil, ponente Gumersindo Burgos Pérez de Andrade, de 20 de abril de 1987. RJ/1987/2717

2. Tribunales Superiores de Justicia.

A) Cataluña

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, ponente Carlos Ramos Rubio, sentencia número 17/2016, de 21 de marzo de 2016. (RJ/2016/2051)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, ponente Carlos Ramos Rubio, sentencia número 71/2015, de 14 de octubre de 2015. (RJ/2015/5553)

3. Audiencias Provinciales.

A) Badajoz.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BADAJOZ, Sección 3ª, ponente María Dolores Fernández Gallardo, sentencia número 170/2016, de 6 de julio de 2016. (JUR/2016/193697)

B) Barcelona.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, Sección 20ª, ponente Concepción Sotorra Campodarve, sentencia número 576/2014, de 4 de junio de 2014. ARP/2015/1282

C) Huesca.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUESCA, Sección 1ª, ponente Antonio Angós Ullate, sentencia número 152/2010, de 12 de noviembre de 2010. JUR/2011/50718

D) Las Palmas.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LAS PALMAS, Sección 5ª, ponente Pedro Joaquín Herrera Puentes, sentencia número 587/2005, de 17 de noviembre de 2005. JUR/2006/35340

E) Sevilla.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA, Sección 5ª, ponente Fernando Sanz Talayero, de 17 de marzo de 2004. AC/2004/382

AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA, Sección 2ª, ponente Carlos Mª Piñol Rodríguez, auto número 273/2004, de 30 de noviembre de 2004. JUR/2005/68309

F) Teruel.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TERUEL, Sección 1ª, ponente María de los Desamparados Cerdá Miralles, sentencia número 8/2015, de 24 de marzo de 2015. JUR/2015/123212

4. Juzgados de Primera Instancia.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA DE MADRID, Jurisdicción Civil, ponente Mª Teresa del Perpetuo Socorro Martín Nájera, de 24 de febrero de 2011. AC/2011/854

5. Juzgados de lo Penal.

SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO PENAL Nº6 DE ALICANTE, Jurisdicción Penal, ponente Teresa Gómez Casado, sentencia número 537/2016, de 15 de diciembre de 2016. ARP/2017/266

6. Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

SENTENCIA DE JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER DE BILBAO, Jurisdicción Penal, ponente Aránzazu Bilbao Otaola, número 28/2013, de 10 de octubre de 2013. JUR/2013/379453