



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Trabajo Fin de Grado

Divorcio con hijos por motivo de lesiones.

Natalia Casal García

Tutor: Alfonso Ballesteros Soriano

4º Curso Grado en Derecho

Promoción 2013-2017

Índice

Abreviaturas	página 4
Supuesto de hecho	página 5
Cuestión I	página 8
I.1.Legislación y sit. actual de las parejas de hecho	página 8
I.2.Situación legal de Leticia y Felipe como pareja de hecho	página 10
I.3.Validez del matrimonio entre Leticia y Felipe	página 10
I.4. Conclusiones de la cuestión	página 13
Cuestión II	página 14
II.1.El proceso de adopción en España	página 14
II.2.Invalidez o validez de la adopción de Antonio	página 16
II.3. Conclusiones de la cuestión	página 19
Cuestión III	página 20
III.1.Sobre el divorcio entre Leticia y Felipe	página 20
III.2.Sobre la pensión de alimentos de Antonio y Lucía	página 22
III.3.Obligación y pensión de alimentos	página 23
III.3.a Obligación de alimentos	página 23
III.3.b Pensión de alimentos	página 23
III.4. Conclusiones de la cuestión	página 25
Cuestión IV	página 26
IV.1. Concepto de propiedad y vivienda familiar	página 26
IV.2. Legislación y derecho aplicable	página 27
IV.3. Atribución del uso de la vivienda	página 29

IV.3. a) Guarda y custodia de los hijos	página 29
IV.3. b) Uso de la vivienda familiar	página 30
IV.4. Conclusiones a la cuestión	página 31
Cuestión V	página 32
V.1. Delito de stalking	página 32
V.2. Delito de trato degradante	página 33
V.3. Delitos de lesiones, violencia en el ámbito familiar y delito de violencia en el ámbito familiar	página 34
V.4. Conclusiones a la cuestión	página 38
Conclusión final	página 39
Bibliografía y apéndice jurisprudencial	página 41

Tabla de abreviaturas

AP.	Audiencia Provincial
BOE.	Boletín Oficial del Estado
CC.	Código civil
CE.	Constitución Española
CFGE.	Circular de la Fiscalía General del Estado
CP.	Código penal
EM.	Exposición de motivos
L.	Ley
LEC.	Ley de Enjuiciamiento Civil
LO.	Ley Orgánica
RC.	Registro civil
RD.	Real Decreto
RDLeg.	Real Decreto Legislativo
SAP.	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJPI.	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
STC.	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS.	Sentencia del Tribunal Supremo
TR.	Texto refundido

DIVORCIO CON HIJOS POR MOTIVO DE LESIONES

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

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

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

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

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

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

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

Desde entonces, la pareja no hace más que mudarse de casa en casa por culpa del trabajo de Felipe. En los últimos meses han tenido varias residencias dentro del territorio español que han

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

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

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

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

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

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

El hijo mayor de la pareja, de fuerte carácter igual que Leticia, y con una adolescencia difícil, siempre está discutiendo con su madre debido a la constante presión por sacar buenas notas

y para que tenga todo recogido. El adolescente no entiende el estrés de su madre, si es su padrastro quien trae el dinero a casa, mientras ella se pasa el día de charla con las vecinas. El carácter de Antonio se endurece todavía más con Leticia tras el nacimiento de la hija del matrimonio, Lucía, el 18 de abril de 2016.

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

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

I.1- Legislación y situación actual de las parejas de hecho en España.

Esta pregunta requiere resolver dos cuestiones: la primera, respecto a la unión de hecho entre Leticia y Felipe y, la segunda en relación al matrimonio entre ambos. La eficacia de la unión de hecho presenta estos posibles problemas: el vínculo familiar entre Leticia y Felipe y la rapidez con la que se contrajo esta unión que fue consecuencia de una veloz presentación y una convivencia efímera previa a la unión de hecho. A su vez, el matrimonio, celebrado con posterioridad a la unión de hecho, presenta los siguientes inconvenientes: del mismo modo que en la cuestión anterior, el vínculo familiar que une a ambos contrayentes, la falta de dispensa previa y la falta de dispensa retroactiva. A continuación desarrollaremos con detenimiento estos contenidos.

Comenzaremos recordando que Leticia y Felipe se conocieron a través de la red social “Facebook”, siendo él quien contactó con ella asegurando ser su sobrino y mostrando interés por conocerla personalmente. Tras la primera toma de contacto a través de esta red social ambos decidieron conocerse personalmente un mes más tarde. Al verse condicionada su relación por la lejanía entre ambos, Felipe decidió ofrecerle a Leticia la posibilidad de mudarse a Mallorca. Así en junio de 2014 ella se muda motivada por continuar su relación con Felipe y por la buena relación que existe entre él y su hijo Antonio.

Es indudable que en los últimos años los matrimonios contraídos en Occidente se han reducido considerablemente. En España, el Instituto Nacional de Estadística ha probado esta circunstancia: que en el año 1958 se celebraban 252.762 matrimonios, mientras que en el año 2014 solo se contraían 165.172 matrimonios. Por ello podemos considerar que las uniones de hecho son una modalidad, una opción plenamente aceptada y que pueden funcionar como alternativa al matrimonio. A pesar de no existir un cuerpo legislativo estatal sobre las uniones de hecho¹, en el año 2000 hubo un proyecto de Ley a propuesta del Parlamento de Navarra para su regulación. En la Exposición de Motivos de este proyecto, se hace alusión a la obligación de asegurar la protección económica, social y jurídica de la familia², entendiéndose que no se establece un único modelo de familia válido. Del mismo modo, la Constitución asegura una agrupación en condiciones de libertad e igualdad, y la libertad es entendida en este contexto como el derecho a que los individuos escojan su desarrollo familiar en los modos que la Ley permita.

Junto con todo lo anterior, el Proyecto hace alusión a la Declaración de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, estos textos, como fuentes de derecho aseguran la protección a la familia, defendiendo que por familia no solo se entenderá aquella constituida a través del matrimonio y deberá ampliarse su sentido. Como consecuencia de todo ello, lo que se busca con este Proyecto de Ley es equiparar al cónyuge con las personas que convivan en una análoga relación de afectividad, considerando la pareja estable como una unión libre, notoria y pública de dos personas, con independencia de su orientación sexual, dando cabida a las parejas estables del mismo sexo. La

¹ Es un término difuso y con él se hace referencia a las uniones de hecho, parejas estables y parejas de hecho. La denominación es diversa entre una norma y otra, sin utilizar la legislación un término único.

² Artículo 39 CE : “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”.

Exposición de Motivos determina unos requisitos: que las personas contrayentes sean mayores de edad, sin vínculo de parentesco en primer y segundo grado de consanguinidad.

En lo que al cuerpo del Proyecto de Ley se refiere, este regula aspectos como la inscripción y la necesaria modificación en otras fuentes legislativas: Código Civil, Estatuto de Trabajadores, Ley General de la Seguridad Social. Finalmente, a pesar de los esfuerzos y de la consistencia del Proyecto de Ley se rechazó la propuesta.

A pesar de ello, las Comunidades Autónomas se han pronunciado, algunas con Ley propia y otras con disposiciones menos específicas. Así, la Ley 10/1998, de 15 de Julio de Cataluña, sobre parejas estables no casadas, modificada por la Ley 2/2005, de 8 de abril; Ley 6/1999, de 26 de Marzo, de Aragón, sobre parejas estables no casadas, modificada por la Ley 2/2004, de 3 de Mayo; Ley 6/2000, de 3 de Julio, de Navarra, sobre igualdad jurídica de las parejas estables; Ley 1/2001, de 6 de abril, de Valencia, sobre uniones de hecho; Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Madrid sobre uniones de hecho; Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de las Islas Baleares sobre parejas estables; Ley 5/2001, de 16 de diciembre, de Andalucía, sobre parejas de hecho; Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Asturias, sobre parejas estables; Ley 5/2003, de 6 de marzo, de Canarias sobre parejas de hecho; Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Extremadura, sobre parejas de hecho y Ley 1/2005, de 6 de marzo, de Cantabria.

Sin embargo, carecen de una Ley específica Galicia, La Rioja, Castilla y León, Castilla-La Mancha y Murcia. En Galicia la Disposición Adicional tercera de la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia es la que define el concepto de unión de hecho en su segundo apartado: “uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio”. El requisito más importante es la inscripción de estas en el Registro de Parejas de hecho de Galicia.

La Rioja regulaba en el Decreto 30/2010 de mayo el Registro de Parejas de Hecho de la Rioja, siendo modificado por el Decreto 10/2013, de 16 de marzo, teniendo como objeto garantizar la estabilidad de estas parejas a partir de los requisitos que en el Decreto se establecen. Cabe destacar que, fue el 1 de enero cuando entró en vigor la Ley 40/2007 que extiende a las parejas de hecho el recibir una pensión de viudedad tras el fallecimiento de uno de los contrayentes.

Castilla y Leon crea con el Decreto 118/2001, de 24 de octubre, el Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León y regula su funcionamiento. La exposición de motivos indica que el matrimonio sigue siendo la unión predominante en Occidente, pero se cerciora de que la Administración no sea ajena a los cambios sociales.

En Castilla-La Mancha, actualmente está vigente el Decreto 124/2000, de 11 de julio, en el que se regula la creación y el funcionamiento del Registro de Parejas de Hecho de Castilla-La Mancha. Posteriormente, como desarrollo de este Decreto se ha de mencionar la Orden de 26 de noviembre de 2011.

En Murcia, las parejas de hecho serán reguladas a través de la siguiente normativa: Decreto Alcaldía, de 6 de mayo de 1994 de creación del Registro Municipal de Uniones no Matrimoniales, y el Reglamento del Registro Municipal de Uniones de hecho.

Podemos observar que la normativa aplicable es la propia de cada Comunidad Autónoma. No obstante, las uniones de hecho tendrán siempre una característica común y es la convivencia de ambos sujetos, con voluntad de permanencia. En las uniones de hecho no se cumplen muchos de los requisitos formales del matrimonio, por ello la situación legal de las parejas de hecho no es idéntica a la del matrimonio, así lo hace constar el Tribunal Constitucional: “ el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes”. De modo que la función social del matrimonio no puede ser suplida por las parejas de hecho.

I.2- La situación legal de Leticia y Felipe como pareja de hecho.

Tras esta exposición de la regulación de las uniones de hecho en España, y centrados en el primer aspecto a tratar (el relativo a la eficacia de la unión de hecho), recordemos que Felipe y Leticia visitaron el Registro de Parejas de Hecho de Palma de Mallorca el 2 de agosto de 2012. La Exposición de Motivos de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre de parejas estables realiza una alusión a la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994, sobre igualdad de derechos de los homosexuales de Europa, y reitera la idea de que todos los ciudadanos tienen derecho a un trato igualitario con independencia de la relación que constituyan, asegurando que esta regulación se basa en un profundo estudio jurídico y sociológico. Es decir, que todas las relaciones deberán ser respetadas.

El artículo 1 de la Ley mencionada establece que, para que esta sea de aplicación será necesaria la inscripción voluntaria en el Registro de Parejas Estables de las *Illes Balears*. Es decir, que la inscripción tiene carácter constitutivo. A continuación, el artículo 2 se encarga de determinar las capacidades y requisitos. Así, solo podrán acogerse a esta ley aquellas parejas que cuenten con vecindad civil de las *Illes Balears* (al menos uno de los miembros). Además la documentación necesaria para la inscripción son: 1º la solicitud de inscripción, 2º la copia de los documentos identificativos de las personas solicitantes, 3º certificado de vida y estado de ambos miembros de la pareja y 4º la acreditación de la vecindad civil balear, o bien, el certificado de empadronamiento acreditativo de la residencia continuada en las Islas Baleares durante los últimos 10 años, o la adquisición voluntaria de la vecindad civil balear ante el Registro Civil por una residencia continuada de más de dos años. En este caso Felipe se encuentra empadronado en las Islas Baleares y por ello a todos los efectos se acogerá a lo dispuesto en la ley mencionada anteriormente. Por eso, debemos estudiar que el artículo 2.1.c establece que no se pueden constituir como pareja estable los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado. Por este motivo, Leticia y Felipe no podrían ser pareja de hecho y, a diferencia de lo que ocurre con el matrimonio, no se recoge ningún mecanismo para hacer desaparecer este impedimento. La ley es clara y concisa, y aunque la Disposición adicional primera equipare los derechos y obligaciones de los miembros de una unión de hecho a los cónyuges, nada menciona sobre la dispensa de dicho impedimento, ni de otros, a diferencia de lo que ocurre en la regulación del matrimonio.

I.3-La validez del matrimonio entre Leticia y Felipe

La segunda cuestión pendiente por resolver es el matrimonio entre Felipe y Leticia. Ellos contraen matrimonio en el año 2015 en la ciudad de Barcelona ante la alcaldesa dado el traslado de su residencia por motivos de trabajo. El matrimonio es una institución en la que son básicos estos tres requisitos: consentimiento, forma y capacidad.

Para el consentimiento matrimonial es necesario que las dos partes manifiesten su voluntad de contraer matrimonio. Este consentimiento ha de ser incondicional, no puede estar sujeto a condición, término o modo. Cualquier persona puede otorgar su consentimiento, pero cuando el instructor del expediente matrimonial observe alguna anomalía o alteración que afecte a la capacidad de entender este acto, se necesitará un dictamen médico sobre su aptitud.

Con el consentimiento matrimonial nace la promesa de matrimonio, antiguamente conocida como “esponsales”³. Esta promesa de matrimonio no obliga a la celebración del mismo, es decir, no tiene ningún alcance contractual y por ello el hecho de no llevar a término el matrimonio no generará consecuencia alguna (salvo el resarcimiento de gastos en los que se hubiese incurrido).

Como hemos dicho antes, es imprescindible que el consentimiento no esté sometido a término, condición o modo y, aunque el Código Civil no contenga normas específicas sobre los vicios en la formación del consentimiento, sí que se refiere a ellos como una causa de nulidad, matrimonial⁴. Así, el Código Civil considera que vicia el consentimiento el matrimonio celebrado por error en la persona y que vicia el consentimiento el matrimonio contraído por coacción o miedo grave. Centrándonos en esta última opción, trasladándonos al supuesto podemos observar la causa por la que parece que se contrae este matrimonio: “Leticia, cansada de esta situación decide dar un ultimátum a Felipe: o se casan o ella se llevaría a Antonio. Como resultado de la amenaza de Leticia, el 25 de mayo de 2015 Felipe y ella contraen matrimonio en Barcelona”.

¿Hasta qué punto es libre el consentimiento de Felipe? Se establece que hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional a sufrir un mal inminente en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes⁵. Por tanto, cabe la posibilidad de considerar que Felipe se encontró intimidado por Leticia y, por ello, contrajo matrimonio; recordemos que tal y como se menciona en el supuesto, Felipe y Antonio tenían una relación fluida y confiada, sin olvidarnos que en el año 2014 iniciaron los trámites oportunos para que Felipe adoptase a Antonio. Por ello se podría entender que la pérdida o ausencia de Antonio afectaría personalmente a Felipe. Sin embargo, carecemos de datos para saber cómo se realizó esa advertencia, el momento en el que se realiza y otros datos que serían interesantes para poder profundizar en esta posibilidad.

A continuación explicaremos la capacidad matrimonial. Para poder contraer matrimonio es necesario que los contrayentes tengan un mínimo de capacidad y aptitud personal. El Código Civil estudia la capacidad matrimonial regulando los impedimentos matrimoniales, la dispensa de los impedimentos matrimoniales y el matrimonio del deficiente mental.

Se considera que no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados, los que estén ligados con vínculo matrimonial, los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado y los condenados por haber

³ LASARTE, C. : *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil VI*, Marcial Pons, p. 37.

⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. : *Manual de Derecho Civil. Derecho de familia*, BERCAL, S.A., 2013, p. 53- 54.

⁵ Real Decreto, de 24 de julio, de 1889 por el que se publica el Código Civil . BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889; (en adelante CC). Artículo 1267 Código Civil.

tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal⁶. El Código Civil, en vez de determinar la capacidad, que han de tener los sujetos realiza una delimitación negativa y estas circunstancias son denominadas “impedimentos matrimoniales”. Estos impedimentos son limitaciones de la capacidad de una persona para contraer matrimonio, y debemos de diferenciar entre los impedimentos absolutos, que atienden a la condición de la persona y los impedimentos relativos que afectan al matrimonio con una determinada persona o con varias. Con carácter excepcional, el Código Civil permite dispensar alguno de los impedimentos. En concreto el artículo 48 establece que son dispensables los siguientes impedimentos: el impedimento de edad, el impedimento de parentesco y el impedimento de crimen.

En este caso nos centraremos en el impedimento de parentesco debido a la relación entre Felipe y Leticia. En este caso es posible por parte del Juez de Primera Instancia otorgar la dispensa del impedimento de tercer grado de parentesco entre colaterales, es decir, tío-sobrino. La dispensa prosperará cuando se manifieste con claridad el árbol genealógico y concurra justa causa, por ejemplo, cuando ha habido un largo período de convivencia por incapacidad, imposibilidad física de uno de ellos, etc. Habitualmente esta dispensa se otorgará antes de que se celebre el matrimonio, principalmente porque en el expediente matrimonial se debe hacer constar que no existe ningún tipo de impedimento matrimonial. A pesar de ser lo habitual, el Código Civil permite que la dispensa pueda ser obtenida *a posteriori*, cuando sea solicitada por uno de los contrayentes, antes de que haya solicitado judicialmente la nulidad del matrimonio.

Es probable que Felipe y Leticia hubiesen obtenido el expediente matrimonial aceptando la propuesta de matrimonio, sin que se haya tenido en cuenta este impedimento. A efectos de que este matrimonio sea plenamente legal será necesario que uno de los dos solicite esta dispensa justificando los motivos o las causas por las que quieren contraer matrimonio, a pesar de que no concurra una causa de demasiado peso, ya que su convivencia hasta el momento ha sido relativamente breve y ninguno de los dos tiene una incapacidad grave como para poder conseguirla. No obstante, si el Juez de Primera Instancia la concediese esta se aplicaría retroactivamente siendo totalmente válido el matrimonio.

Esta dispensa se debe de solicitar con la mayor brevedad posible, y se podrá solicitar cuando una de las partes no haya solicitado la nulidad. Conflicto distinto sería que la solicitud de nulidad la iniciase el Ministerio Fiscal, que a pesar de no estar regulado en el Código Civil en algunos supuestos ya se le ha concedido esta facultad por parte de algún Tribunal, como en el caso de la Audiencia Provincial de Teruel en su sentencia de 5 de febrero de 2015⁷.

Por último, analizaremos la forma del matrimonio. Es necesario que el consentimiento se manifieste en alguna de las formas previstas en el Código Civil, es decir, con las solemnidades previstas. Se debe prestar el consentimiento ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por el Código, específicamente, son competentes: el juez encargado del Registro Civil (necesariamente Juez de primera instancia), el juez de Paz, el alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o el concejal en el que haya delegado.

⁶ Artículo 47 CC.

⁷ SAP de Teruel, de 24 de Marzo, (JUR\2015\123212).

I.4-Conclusiones

Una vez analizadas las dos cuestiones, es fundamental determinar la eficacia de la pareja de hecho y la validez del matrimonio.

La unión de hecho entre Leticia y Felipe carece de eficacia y no es válida a pesar de su inscripción en el Registro Civil. Aunque el requisito más importante en este tipo de uniones de hecho es la inscripción en el debido Registro, la Ley 18/2001 de 19 de diciembre de las Islas Baleares establece que no podrán constituir unión de hecho los que estén ligados por vínculos matrimoniales, los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, y los colaterales por consanguinidad o adopción hasta tercer grado. Por ello, a todos los efectos, Leticia y Felipe no pueden considerarse pareja de hecho. Además, la Ley no contempla ningún tipo de mecanismo que permita eliminar este impedimento. No se puede considerar la unión de hecho de Leticia y Felipe legal y eficaz al incurrir en uno de los impedimentos que la Ley establece.

Por último, en cuanto al matrimonio entre Leticia y Felipe, este será considerada nulo, debido a la relación de parentesco que existe entre los contrayentes porque el Código Civil establece que no pueden contraer matrimonio los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción y los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado. Además, el consentimiento de Felipe pudo verse viciado al haber contraído matrimonio tras la amenaza de Leticia, sin embargo, para poder tratarse de un vicio en el consentimiento sería necesario poner más hincapié en las circunstancias, y el ambiente en el que se desarrolló la amenaza.

No obstante, el Código Civil prevé el mecanismo de la dispensa para eliminar algunos impedimentos, entre ellos, el impedimento de parentesco en tercer grado; de modo que, es posible que Felipe y Leticia soliciten esta dispensa y si es aceptada por el Juez de Primera Instancia se valide su matrimonio, funcionando la dispensa retroactivamente.

II. La adopción de Antonio ¿fue válida?

En la cuestión a resolver, que es la adopción de Antonio, nos encontraremos con varias dificultades, algunas de ellas con un interrogante como respuesta. Los problemas que se plantean son los siguientes: En primer lugar, la adopción de Antonio y determinar su validez; en segundo lugar nos encontraremos con el vínculo familiar que une a Leticia con Felipe y como consecuencia de ello el vínculo que une a Antonio y a Felipe, siendo estos dos primos.

II.1. El proceso de adopción en España

En el mundo del Derecho adoptar a alguien equivale a incluirlo en el núcleo familiar, a pesar de que no forme parte de él por motivos de consanguinidad, creando con la adopción un estado familiar, es decir, una relación de parentesco⁸. Vinculada a la relación de parentesco está la filiación. La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción, porque a día de hoy la filiación adoptiva surte los mismos efectos que la filiación por naturaleza. El Derecho quiere conseguir que la relación entre adoptante y adoptado sea una relación idéntica a la paterno-filial⁹.

La adopción es un tema que ha evolucionado de manera progresiva, porque en sus inicios, bajo el Derecho justiniano la adopción únicamente generaba todos sus efectos cuando el adoptante era ascendiente del adoptado (Ej: abuelo- nieto). En la época de la Codificación la adopción había decaído porque en aquel entonces se entendía que no era una institución necesaria y que solo se había hecho uso de este mecanismo para fines fraudulentos. Fue en la época moderna, después de las Guerras Mundiales cuando varían los fines de la adopción y como consecuencia se incrementan el número de adopciones.

La adopción fue objeto de varias reformas y de diversas redacciones, lo que dio lugar a un procedimiento duradero que, como ya hemos dicho antes, se asentó tras las Guerras Mundiales. En España, la adopción se instrumentó mediante la aprobación de estas Leyes: La Ley de 24 de Abril de 1958; la Ley 7/1970, de 4 de julio; la Ley 11/1981, de 13 de mayo; la Ley 21/1987 de 11 de noviembre y la Ley 1/1996 de 15 de enero, esta última modifica parcialmente el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil y aprovecha para incluir novedades en el régimen de acogimiento. Con estas últimas leyes se busca modificar los parámetros normativos y la configuración de la adopción, ya que ambas manifiestan su descontento con las configuraciones anteriores¹⁰. Ambas reformas, tanto la de 1987 como la de 1996, buscan una regulación más amplia, regulando todos los aspectos de la adopción con el fin de eliminar la situación de desamparo¹¹ que se había generado como consecuencia de las regulaciones anteriores. Los objetivos marcados por las nuevas leyes han devenido en gran medida en una cuestión administrativa, lo que quiere decir que la actuación de las Entidades públicas (o privadas colaboradoras) está presente en todo el proceso de adopción. A estas

⁸ LASARTE, C. : *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil IV. op cit.* p. 373.

⁹ RAMS ALBESA, J. : *Elementos de derecho civil. IV Familia.* Dykinson, Madrid, 2008. pp. 366-368.

¹⁰ Preámbulo de la Ley 21/1987(RCL 1987/2439). Segundo párrafo.

¹¹ Artículo 172.1 CC: “*Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material*”

Entidades públicas les corresponde la protección de menores, la tutela de todos aquellos menores en situación de desamparo y por ello estarán presentes en este proceso de adopción.

A continuación explicaremos el procedimiento de adopción, que se iniciará siempre con la propuesta de la Entidad Pública, salvo cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias¹² : Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad, ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo o ser mayor de edad o menor emancipado. A pesar de las distintas posibilidades, la adopción de Antonio necesitaría la propuesta de la Entidad pública porque no concurre ninguna de estas circunstancias. Debemos de tener en cuenta que los trámites de adopción se inician en el año 2014 y Felipe y Leticia contraen matrimonio en el año 2015 (sin la dispensa necesaria para que su matrimonio no se considere nulo).

Recordemos que las Entidades públicas constituyen una pieza clave en el proceso de adopción, como consecuencia del altísimo nivel de administrativización¹³ y son consideradas como tal ¹⁴ los organismos del Estado, los organismos de las Comunidades Autónomas y los organismos de las Entidades Locales. Las Comunidades Autónomas tienen competencia en protección de menores y por ello van a poder habilitar a Asociaciones o Fundaciones no lucrativas como instituciones colaboradoras, siempre que en sus estatutos figure como fin la protección de menores. Además, estas Asociaciones y Fundaciones deberán de tener los medios y equipos necesarios para el desarrollo de las funciones que le sean encomendadas.

Ya hemos visto que como regla general, será necesaria una declaración de idoneidad por parte de las Entidades públicas, salvo los casos del artículo 176.2 del Código Civil, ya mencionados anteriormente. Esta exigencia ha suscitado críticas ya que, la declaración será necesaria aún cuando los padres biológicos consideren que la adopción es muy beneficiosa para el menor. Es la propuesta de la Entidad Pública la que en muchas ocasiones hace de instancia incoadora del expediente judicial, y finalmente será el Juez el que mediante una resolución judicial acepte o revoque la propuesta de adopción, porque esta únicamente se constituirá mediante resolución judicial, así lo establece el artículo 1.825 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁵.

Los elementos sustantivos de la adopción son el consentimiento, el asentimiento y la audiencia.

¹² Artículo 176.2. CC.

¹³ Las entidades públicas constituyen una pieza clave en el proceso de adopción como consecuencia de la Ley 21/1987 que les otorga un papel principal en el procedimiento.

¹⁴ A efectos de evitar posibles confusiones la Disposición Adicional primera de la Ley 21/1987 opta por desarrollar esta cuestión y especifica cuáles son las entidades públicas a las que les puede corresponder la protección de menores. También se incluyen aquellas entidades públicas nombradas por las Comunidades Autónomas que tengan competencia en materia de protección de menores.

¹⁵ La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, no ha derogado el Libro III de la LEC-1881 (arts. 1.811 y ss.), regulador de la jurisdicción voluntaria, sino que, al contrario, ha ratificado su vigencia en la Exposición de Motivos, así como en la Disposición Final decimoctava, ordenando al Gobierno un proyecto de Ley sobre jurisdicción voluntaria.

El artículo 771 del Código Civil establece que habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptado mayor de doce años. Es un requisito imprescindible para la adopción y ha de prestarse este consentimiento siempre en presencia judicial.

El asentimiento debe de ser otorgado en las formas establecidas en el Código Civil, y deben de prestarlo el cónyuge del adoptante, salvo que medie separación con sentencia firme o de mutuo acuerdo y los padres del adoptado, a menos que estén privados de patria potestad. Sobre este último aspecto la jurisprudencia no es uniforme sobre si el asentimiento es *conditio iuris* de la adopción, en cuanto el asentimiento o disentimiento por parte de los padres biológicos determina o no la validez de la adopción¹⁶.

Finalmente, la audiencia, en la que deberán de ser necesariamente oídos: Los padres biológicos que no hayan sido privados de la patria potestad cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción¹⁷, el tutor y en su caso el guardador y en último lugar el adoptado menor de doce años, si tuviese juicio suficiente para ello. Con carácter ocasional también deberá de escucharse a la Entidad Pública cuando el adoptado lleve más de un año acogido legalmente por el adoptante.

II.2. Invalidez o validez de la adopción de Antonio

A continuación, nos centraremos en el primer problema que genera esta cuestión, y es el procedimiento que debe de seguir Felipe para adoptar a Antonio. Como ya mencionamos anteriormente, la adopción se inicia antes de que Leticia y Felipe se hubiesen casado, por ello, Felipe deberá de seguir el proceso que hemos explicado anteriormente, es decir, el de jurisdicción voluntaria, cumpliéndose todas las fases a las que hemos hecho alusión (consentimiento, asentimiento y audiencia). En caso de que Leticia y Felipe hubiesen contraído matrimonio válido antes de iniciar los trámites de adopción, entonces se iniciaría el expediente de adopción en virtud de una solicitud privada. Igualmente, como ya señalamos antes, también se podría iniciar en virtud de una solicitud privada cuando el adoptado fuese pariente del adoptado en tercer grado por consanguinidad o afinidad pero, el vínculo de parentesco entre Felipe y Antonio es de cuarto grado y en la legislación no se regula la opción de aplicar este precepto análogamente a miembros que estén unidos por cualquier otro grado de parentesco que no sea el tercero.

Como en la mayoría de procesos civiles, para la adopción también es necesario que concurren una serie de requisitos y presupuestos en el adoptante o los adoptantes y en el adoptado. El criterio normativo establece que salvo la adopción de ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona. Sobre ello, la Disposición Adicional tercera de la Ley 21/1987 establece que a estos efectos las referencias de la Ley serán también aplicables cuando se trate de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal. En consecuencia, tanto los cónyuges cuando los unidos de hecho pueden adoptar de forma conjunta.

¹⁶ SAP de Zamora, de 3 de febrero de 2002: “Algunas Audiencias Provinciales han entendido que la disconformidad de los progenitores respecto a la adopción de sus hijos supone un veto vinculante para el órgano jurisdiccional encargado de resolver”. Por contrario la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 5 de abril de 2002, establece que la negativa a prestar el asentimiento no supone un obstáculo para que el órgano judicial entre a examinar el interés del menor.

¹⁷ LASARTE, C. : *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil IV*. p. 382. Se trata de padres biológicos que se encuentran inmersos en causa legal de privación de patria potestad, pero no existe en ese momento sentencia alguna.

En este caso Leticia es la madre biológica de Antonio, por ello no puede considerarse como adoptante, estando totalmente excluida de este proceso, salvo que fuese necesaria su intervención judicialmente. Es Felipe, el adoptante, quien debe de reunir los requisitos que la Ley establezca. El proceso de adopción se inició en el año 2014, desde entonces las disposiciones que regulan la adopción han sido objeto de modificaciones. Con independencia de la redacción vigente actualmente¹⁸, en el momento en el que se inician los trámites la diferencia de edad entre adoptante y adoptado debía ser como mínimo de catorce años y la diferencia de edad entre Felipe y Antonio es de trece años, sin que sea posible por tanto la adopción.

A su vez, el adoptado deberá de ser menor de edad, no podrá estar emancipado (como regla general). El adoptado, pues, no ha de cumplir más condiciones que la de haber nacido, y en consecuencia, tener capacidad jurídica sin haber llegado todavía a la emancipación.

Teniendo en cuenta lo anterior, destacaremos que el requisito esencial y más importante es el interés del adoptado. Si bien es cierto que podemos equiparar o asimilar este término al interés superior del niño, ya que en ambos casos la finalidad es proteger al sujeto porque es digno de atención, provisión y protección. Sobre ello la Sentencia de la Audiencia Provincial de 10 de diciembre de 2000, de la Audiencia Provincial de Málaga que establece que los Tribunales han de velar, prioritariamente y de modo decidido, por los intereses de los menores, que son los más dignos de protección y cuyo interés superior debe presidir cualquier resolución en esta materia¹⁹.

Con base a todo lo que ha sido expuesto anteriormente intentaremos determinar si la adopción de Antonio por parte de Felipe puede ser considerada como válida, ya que ya hemos explicado y analizado los posibles obstáculos que el proceso presentaba: declaración de idoneidad, requisitos del adoptante y del adoptado y si el hecho concreto resulta ser una de las excepciones que la Ley prevé.

Quizá el aspecto más complejo en un proceso de adopción es la declaración de idoneidad. Esta declaración será previa a la propuesta, y para ello las Entidades públicas competentes deben de declarar que el adoptante es idóneo para el ejercicio de la patria potestad. Esta declaración no es más que un juicio de valor sobre cuales son las capacidades y aptitudes del adoptante para ejercer esta patria potestad en beneficio del menor. Más concretamente, el artículo 176.3 del Código Civil establece que esta declaración requerirá una valoración psicosocial sobre la situación familiar, personal y social del adoptante, así como valorar su capacidad para establecer vínculos estables y seguros. Tiene una gran importancia determinar cual es la aptitud del adoptante para atender a un menor y a las circunstancias que rodean al mismo. Respecto a ello, parece que Felipe reúne todos estos requisitos: económicamente tiene un trabajo estable y favorable para él y su familia, es una persona familiar y el vínculo entre el y Antonio es muy cercano.

¹⁸ El artículo 175 CC actual establece que la diferencia de edad entre adoptante y adoptado debe ser, al menos, de dieciséis años, y no podrá ser superior a cuarenta. La redacción anterior de este precepto establece una diferencia de edad de catorce años.

¹⁹ SAP de Málaga de 10 de Diciembre de 2009 (JUR\2010\211161), se fundamenta en la doctrina jurisprudencial que exponen las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1987 y 19 de febrero de 1988, y de esta misma Sala la Audiencia Provincial de 23 de octubre de 1989 y 30 de septiembre de 1999. Teniendo en cuenta el principio fundamental del “*favor minoris*”, consolidado en la Constitución Española.

En segundo lugar, si atendemos a los requisitos que explicamos anteriormente observamos que aún en el caso de que Felipe fuese el adoptante idóneo de Antonio, en ningún caso se podría proceder a la adopción, porque la edad que media entre ambos es inferior a catorce años. Además, los Tribunales han recalcado el hecho de que tal requisito es inamovible. La SAP de Salamanca de 19 de febrero de 2000 se pronuncia sobre un supuesto idéntico (respecto a la diferencia de edad entre adoptante y adoptado) en el que el la diferencia de edad de trece años y medio, y considera que el tenor literal de dicho artículo hace que sea un requisito imperativo, y por tanto, condición *sine qua non*²⁰.

²⁰ “*Conditio sine qua non*” es una locución latina que se refiere a una acción o condición necesaria y esencial, de carácter obligatorio, para que algo sea posible.

II.3-Conclusiones

Tras haber analizado las características de la adopción, hemos de determinar si la adopción de Antonio por parte de Felipe debe ser considerada válida o inválida y, para ello, hemos atendido a los requisitos del adoptante y adoptado.

Uno de los caracteres esenciales de la adopción es el interés superior del menor, que es el que ha de primar para aprobar o denegar la adopción y así lo establece el artículo 176.1 del Código Civil. Sin embargo, el interés del menor no es suficiente como para validar una adopción, de modo que si no se cumplen los requisitos por cualquiera de los dos sujetos, el interés del menor deberá quedar en un segundo plano.

La causa principal por la que tenemos que considerar la adopción como inválida se ciñe únicamente al requisito de la edad entre los dos sujetos, adoptante y adoptado. En el año 2014 el Código Civil establecía una diferencia como mínimo de catorce años, y no permitía ninguna excepción, y así lo recalcaron algunas de las sentencias que han sido citadas anteriormente. Por ello, independientemente de la idoneidad del adoptante y del interés superior del menor se debe invalidar la adopción al ser el requisito mencionado una condición *sine qua non*.

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

Debemos de recalcar que dentro de este mismo apartado nos encontramos con dos cuestiones: el divorcio y la pensión de alimentos. Para poder explicarlo y otorgar una conclusión lo más clara posible, las analizaremos de manera separada. El posible divorcio entre Felipe y Leticia tiene como núcleo central la nulidad de su matrimonio y, respecto a la pensión de alimentos, estudiaremos si esta se ha visto afectada por las circunstancias familiares.

III.1- Sobre el divorcio entre Leticia y Felipe

En primer lugar, procedemos a hacer una definición del concepto de divorcio, entendiendo este como la institución legal que permite la disolución del matrimonio. El divorcio es una de las causas de disolución del matrimonio, junto con la muerte y la declaración de fallecimiento²¹ y, por ello debemos distinguirlo de la separación. En ella no se extingue el vínculo matrimonial entre los dos cónyuges, es una separación de hecho, una separación fáctica en la que no es necesaria una sentencia judicial, a diferencia del divorcio, en el que solo es posible cuando una sentencia judicial así lo haya declarado.

El divorcio es una institución que, al igual que el matrimonio, ha ido modificándose con el paso de los años, con el fin de poder adecuarse a los cambios sociales. Es por ello que hace años no se concebía el divorcio como actualmente, solo se podía decretar el divorcio cuando concurriesen las causas previstas en la Ley. Además estas causas eran tasadas²², dependían de hechos probados y habitualmente el divorcio siempre iba precedido de una separación de hecho. Sin embargo la Ley 15/2005 modifica todo lo anterior, permitiendo que el divorcio sea considerado un hecho “más libre” al eliminar las causas de divorcio y la fase preliminar de la separación.

El divorcio aparece regulado en el Capítulo VIII del Código Civil: “La disolución del matrimonio”. Para poder decretar judicialmente el divorcio (ya sea este, contencioso, o de mutuo acuerdo) será necesario cumplir una serie de requisitos²³. Los requisitos que se establecen variarán dependiendo de la forma en la que se inicie la acción. Como ya hemos mencionado en este mismo párrafo distinguimos entre el divorcio contencioso o de mutuo acuerdo. El divorcio contencioso lo solicita un único cónyuge, pero puede ocurrir que aun habiéndose iniciado un divorcio de mutuo acuerdo se transforme en un divorcio contencioso al no haber un acuerdo sobre el contenido del convenio regulador. En el divorcio de mutuo acuerdo la acción la inicia un único cónyuge con el consentimiento de, otro, o los dos si existe acuerdo por parte de ambos. Así, tratándose de la primera opción (divorcio contencioso) es necesario que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, salvo que se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad o integridad moral del cónyuge demandante o los hijos de ambos. En la segunda opción (divorcio de mutuo acuerdo) se podrá solicitar una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, y con la demanda de divorcio se acompañará ya desde el

²¹ Artículo 85 CC.

²² BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. : *Manual de Derecho Civil. Derecho de familia*, p. 94.

²³ El artículo 86 CC establece que se decretará judicialmente el divorcio cuando se cumplan los requisitos del artículo 81 CC y estos son necesarios tanto en el divorcio de mutuo acuerdo como en el divorcio contencioso.

inicio una propuesta de convenio regulador, que deberá cumplir los caracteres que se establecen en el Código Civil.

La legitimación para solicitar la acción de divorcio la ostentarán los dos cónyuges, y únicamente podrá extinguirse esta acción por dos causas: la muerte y la reconciliación de ambos cónyuges. Si aconteciese cualquiera de estas dos situaciones entonces la acción de divorcio se extinguirá con independencia de cual sea la fase del proceso en la que se encuentre, salvo los casos en los que ya se haya hecho firme la sentencia de divorcio.

La acción de divorcio finalizará cuando un órgano jurisdiccional competente dicte la resolución o sentencia de divorcio. Esta sentencia tiene carácter constitutivo y por ello el tribunal comunicará esta nueva situación al Registro Civil donde conste inscrito el matrimonio.

¿Qué es lo que ocurre en este caso concreto con el matrimonio entre Leticia y Felipe? Debemos recordar que ambos contrajeron matrimonio ante la alcaldesa de Barcelona, sin incurrir el ningún error formal. Sin embargo, no solo están ligados por la relación personal entre ambos, también están ligados por un vínculo familiar que les impedía contraer matrimonio²⁴ y por ello incurren en uno de los impedimentos matrimoniales que establece el Código Civil.

En esta cuestión retomaremos brevemente qué ocurre en estas situaciones para poder centrarnos por completo en la cuestión concreta. Cuando dos personas contraen matrimonio debe de tramitarse un expediente matrimonial, para dejar constancia de que no existe ningún impedimento; no obstante, puede ocurrir que a pesar de ello se contraiga matrimonio. De este modo, el Código Civil prevé una solución, y es la solicitud de una dispensa que permita a los afectados de algún impedimento contraer matrimonio, pudiendo solicitarla *a posteriori*, ya que convalidará retroactivamente el matrimonio. Esta cuestión resulta esencial ya que sin la correspondiente dispensa el matrimonio que reúna cualquier impedimento no será válido.

Leticia y Felipe contraen matrimonio, pero desconocemos si posteriormente solicitan la dispensa necesaria. Este apunte es fundamental, pues el hecho de haber obtenido la dispensa posteriormente daría una solución que dista enormemente de no haberla solicitado, y por ello procederemos a explicar que ocurre en estos dos supuestos: haber obtenido la dispensa o no.

Si Leticia y Felipe después de haber contraído matrimonio solicitasen la dispensa por impedimento de parentesco en tercer grado y el Juez de Primera Instancia se la hubiese concedido; Leticia tendría legitimación para poder solicitar la acción de divorcio como consecuencia de que reúne todos los requisitos que hemos mencionado anteriormente. La acción de divorcio podría solicitarla unilateralmente, sin la necesidad de llegar a un acuerdo con Felipe. Ellos contrajeron matrimonio en mayo de 2015, y ya han pasado tres meses desde la celebración del mismo. Además, atendiendo a otros hechos que narra el supuesto y que explicaremos en otra de las preguntas, Leticia es una mujer víctima de malos tratos y podría solicitar el divorcio en cualquier momento si considera que su integridad física o moral y la de sus hijos se encuentran en peligro. De ser de este modo, el inicio del proceso no presenta más complicaciones, sin entrar a juzgar elementos

²⁴ El artículo 47 CC establece: “Tampoco pueden contraer matrimonio entre si: 1. Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción. 2. Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado. 3. Los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal” .

posteriores tales como la patria potestad, custodia, pensión compensatoria y pensión de alimentos respectivamente.

A continuación explicaremos la segunda y más compleja opción, es decir, ante que situación se encontraría Leticia al no haber solicitado la dispensa por impedimento de parentesco. Las características del matrimonio son tres, y es que se reúnan capacidad, consentimiento y forma ya que de no reunir cualquiera de los tres el negocio jurídico es inválido²⁵, es decir, el matrimonio es nulo.

He aquí debemos de realizar una aclaración sobre el término de nulidad y de anulabilidad. La declaración de nulidad supone la inexistencia del acto, es decir, que el acto nunca ha existido y consecuentemente tampoco ha generado efectos jurídicos válidos. El acto nulo en sí contiene efectos de tal gravedad que provocan que el acto se considere como no celebrado. En este caso, el matrimonio nulo entre Leticia y Felipe no habrá generado efectos jurídicos (sin incluir los efectos que a los hijos de ambos respecta). Sin embargo, la anulabilidad en derecho es una causa de invalidez del acto jurídico sin más.

Al ser declarado el matrimonio nulo, este jamás ha generado efectos jurídicos. El matrimonio es una institución y como consecuencia de su celebración ambos cónyuges inician una relación jurídica, denominada relación matrimonial o *status* matrimonial, que ocasiona una serie de efectos personales y patrimoniales²⁶. Por ello a mi entender, Leticia no podrá ejercitar la acción de divorcio, porque la celebración de su matrimonio no ha generado efectos. Es decir, se presume que el matrimonio jamás ha existido.

Cabe destacar que esto no ocurre en todos los casos. Antiguamente existía la vieja doctrina del matrimonio putativo, doctrina originaria del Derecho Canónico y aceptada en nuestro ordenamiento, según la cual, atendiendo al beneficio de los cónyuges y sus hijos, el matrimonio suprime la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad en los casos en los que ambos cónyuges hubieren reputado que se habían casado válidamente, por ignorar de buena fe la causa de nulidad que afectaba a su matrimonio, teniendo la sentencia eficacia *ex nunc*²⁷. De manera similar, el artículo 79 del Código Civil determina que “*la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. La buena se presume*”, pero no dota de efectos al matrimonio nulo porque finja su validez.

III.2. Sobre la pensión de alimentos de Antonio y Lucía

La siguiente cuestión que tenemos que resolver es si les corresponde a Antonio y a Lucía una pensión de alimentos en caso de que Leticia solicite el divorcio. Para ello en primer lugar vamos a definir dos conceptos que son clave para el desarrollo de esta cuestión, la diferencia entre la obligación de alimentos y la pensión de alimentos, porque a pesar de ser dos cuestiones muy similares cada una de ellas tiene sus propias características.

²⁵ LASARTE, C: *Derecho de familia, op. cit.*, p. 51.

²⁶ BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R: *Manual de derecho civil, op.-cit.*, p. 67.

²⁷ RAMS ALBESA, J: *Elementos de Derecho Civil IV. Familia, op. cit.*, pp. 80 - 81.

III.3. Obligación y pensión de alimentos

III.3.a) Obligación de alimentos

El Código Civil considera que entre familiares existe la obligación de dar entre sí alimentos²⁸, entendiendo que este término de alimentos hace alusión a todo aquello que sea necesario para el sustento del alimentista²⁹. Esta obligación se caracteriza por ser personalísima, imperativa y variable, puesto que dependerá de las circunstancias que acompañan al alimentista. Además, es recíproca, por lo que no existe firmemente un acreedor y deudor de esta obligación, si no que la posición jurídica en esta relación se podrá ver modificada atendiendo a las circunstancias de cada sujeto. El derecho a recibir este sustento es personalísimo y por ello se extinguirá con la muerte o declaración de fallecimiento del alimentista y /o alimentante. Esta norma tiene un carácter imperativo, y con él se pretende asegurar y garantizar el cumplimiento de esta obligación. Por último, recalcaremos que esta obligación tiene un alto grado de variabilidad, ya que podrá verse modificada de acuerdo con las necesidades que en ese momento tiene el alimentista, sin olvidar que el fin de la misma es ayudar a las necesidades básicas, sin incluir en su cuantía otras necesidades extraordinarias, o sea, caprichos. La acción para reclamar esta obligación no prescribe, a diferencia de lo que ocurre con la pensión alimenticia.

Una vez explicada la obligación de alimentos entre parientes, debemos de tener en cuenta que es una institución totalmente diferente a las prestaciones alimenticias que derivan del matrimonio y de la filiación, y ninguna de ellas debe ser olvidada. Quizá la obligación alimenticia actúa de forma complementaria, estando presente en aquellos casos en los que la asistencia conyugal ha decaído o la patria potestad ha cesado³⁰.

III.3.b) La pensión de alimentos

La regulación de los artículos 142 y siguientes del Código Civil no extiende la obligación de alimentos entre cónyuges no separados así como a padres con hijos³¹. El principal motivo de ello es que el legislador ha considerado que tales obligaciones se consideran fundamentadas en la institución del matrimonio y las relaciones paterno filiales, por ello se regulan en el Código Civil en el Título V del Libro I, a partir del artículo 154.

La obligación de alimentar a los hijos se mantiene a pesar de haber perdido la patria potestad, así lo establecen los artículos 110 y 111 del Código Civil y en algunas otras situaciones. Sobre ello debemos de realizar una aclaración y es que, aunque antiguamente no se hiciese, en la actualidad la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que no existe diferencia alguna entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, ello se debe a que la prioridad en estos procesos de adopción de medidas con hijos matrimoniales o extramatrimoniales, es el interés del menor.

²⁸ Los artículos 142.1 y 143 CC regulan esta obligación estableciendo qué se entiende por alimentos y quienes están obligados recíprocamente a darse alimentos (cónyuges, ascendientes y descendientes)

²⁹ Respecto a la obligación de alimentos, los sujetos de esta relación jurídica son el alimentista y alimentante.

³⁰ LASARTE, C. :*Derecho de familia. Principio de Derecho Civil, op. cit.*, p. 406.

³¹ RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO. *Manual derecho civil. Derecho de familiar. op. cit.*, p. 30.

En el supuesto de hecho debemos de tener en cuenta que Felipe inicia los trámites para la adopción de Antonio, y como hemos respondido en la cuestión anterior, no se procede a la misma al no cumplir los requisitos de edad. Felipe y Antonio únicamente tienen una diferencia de edad de trece años, siendo la diferencia mínima necesaria catorce años. Como consecuencia de ello no le corresponde a Antonio una pensión de alimentos. Sin embargo destacaremos que, en caso de que se hubiese conseguido la adopción, si que existiría la obligación de otorgar dicha pensión, porque a día de hoy la filiación adoptiva genera los mismos efectos que la filiación por naturaleza³². Por ello la pregunta principal en este caso será si a Lucía le corresponde una pensión de alimentos.

El Código Civil establece un criterio general respecto de los pronunciamientos de divorcio, nulidad o separación, respecto los hijos; pero este criterio también estará presente en las rupturas de la unión de hecho “*more uxorio*”³³. Con el fin de adoptar las medidas precisas y más acertadas para el mayor afectado atenderemos a los siguientes puntos:

En primer lugar, el principio de “*favor filli*” por el cual todas las medidas adoptadas tendrán como prioridad siempre el interés del menor. Por ello se intentarán acordar unas medidas que vayan encaminadas a que el daño producido sea el menor posible, es decir, que no le cause daños innecesarios y que no implique perjuicios en la nueva vida del menor. Además, para velar por este principio, el Juez tendrá la capacidad de tomar las decisiones que considere oportunas y en las ocasiones que sea posible deberá velar por el derecho a que los menores sean oídos.

En segundo lugar, la pensión de alimentos es el núcleo central de toda la explicación. El hecho de que se le asigne una pensión de alimentos a los hijos es obligatorio, ya sea en un proceso de divorcio, o también cuando los progenitores ponen fin a la convivencia “*more uxorio*”. Esta pensión alimenticia podrá ser dada en dinero o en especie, y la cantidad de la pensión deberá de determinarse en el acuerdo atendiendo a las necesidades y circunstancias que rodean a ambos sujetos. En caso de no poder concretar una cuantía, será el Juez quien la determine de oficio. Este es un aspecto muy relevante de la pensión alimenticia, y es que a diferencia de lo que ocurre con la pensión compensatoria, esta va a poder ser ordenada por el Juez a pesar de no haber sido solicitada, al tratarse de una obligación legal. Esta pensión estará sujeta a cualquier aumento o disminución de la misma, principalmente porque se verá afectada por la inflación, las necesidades del menor, etc.

³² BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. : *Manual de Derecho Civil, op. cit.*, p.277

³³ La STS 749/2002 de la Sala de lo Civil, de 16 de Julio, (RJ 2002\6246). En ella se establece una pensión de alimentos a favor no solo del hijo menor, si no también a favor de la progenitora del menor en cuestión a pesar de no tener ningún vínculo matrimonial entre ambos, tratándose de una convivencia “*more uxorio*”.

III.4. Conclusiones

Por todo lo anteriormente expuesto, concluimos esta cuestión considerando que Leticia únicamente podrá ejercer la acción de divorcio si antes de ello solicita la dispensa por impedimento de parentesco de tercer grado. En caso de no haber solicitado la dispensa, o si aun habiéndola solicitado esta no fuese concedida por el Juez, no podrá ejercitar dicha acción al no estar legitimada para ello por haber sido considerado el matrimonio como nulo, y no generar efecto jurídico alguno. La unión matrimonial entre Leticia y Felipe se presume como inexistente, al no reunir las características que dicha institución establece.

En cuanto a la pensión de alimentos a Lucía y Antonio, únicamente la primera podrá ser beneficiaria de dicha pensión. No existe una relación paterno filial entre Felipe y Antonio para poder concederle esta pensión al no haber sido aceptada la adopción. En caso de que la adopción hubiese reunido los requisitos necesarios sí que se podría solicitar la pensión al existir una filiación adoptiva que actualmente genera los mismo efectos que la filiación por naturaleza. Respecto a Lucía, menor de edad, cuando mantenga la custodia de la menor la progenitora, será ella quién deba solicitar la correspondiente pensión de alimentos y, en su defecto, será el Juez quien impondrá tal obligación a Felipe, siendo establecida la cuantía de la pensión de acuerdo con la situación económica de él y las necesidades que presente la menor.

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

El motivo principal por el que Leticia y Felipe trasladan su residencia a Lugo es consecuencia del regalo de bodas de la madre de él. María, madre de Felipe, aprovecha la ocasión para regalarle a su hijo una vivienda en Lugo, principalmente porque la sede de la empresa familiar se sitúa allí, y ello le facilitaría el día a día en gran medida. Cuando la madre de Felipe, María, les comunica su regalo de boda, hace constar que la propiedad de la vivienda sería de Felipe, siendo Leticia la encargada de ejercitar los trámites legales que sean necesarios. ¿Qué ocurre entonces? En primer lugar debemos de percatarnos de que a pesar de ser Felipe quien ostente la propiedad del piso, la cuestión en concreto nos pregunta a quién le atribuiremos el uso de la misma; siendo la propiedad y el uso dos situaciones que distan enormemente la una de la otra.

IV-1. Concepto de propiedad y vivienda familiar.

A fin de clarificar la situación, a continuación, procederemos a realizar una breve alusión al concepto de propiedad y lo que ello implica. El artículo 348 CC establece que “ *la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en la leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla*”. La propiedad funciona como un derecho real, que le otorga a su dueño el máximo poder y la máxima titularidad sobre las cosas, y por ello, nadie podrá ser privado de ella, salvo por una Autoridad competente³⁴. Uno de los motivos por los que destaca el derecho de la propiedad es porque habitualmente se ha considerado que la propiedad es un punto fundamental de nuestro sistema.

El derecho de propiedad cuenta con varias características, como la generalidad, la elasticidad y la unidad. Debido a su generalidad, el derecho de propiedad recae sobre la totalidad de los usos y servicios de la cosa, salvo cuando las leyes lo establezcan. La elasticidad permite que el propietario obtenga todas aquellas utilidades que no puede obtener en un momento concreto, y la unidad, por lo que la propiedad será siempre una y única.

En contraposición con la propiedad, explicaremos el concepto de vivienda familiar. Este concepto nace como consecuencia de lo que la familia significa en nuestra sociedad. La familia se concibe como el núcleo de nuestra organización social, y del mismo modo que se regulan otros aspectos de la unión familiar, se atenderá también a la vivienda. La vivienda familiar es aquella que utilizan conjunta, permanente y habitualmente los miembros de la familia, en donde nacen sus principales valores y en la que desarrollan su vínculo familiar. Los Tribunales se han manifestado sobre ello, así se considera que la vivienda familiar es aquella que constituye el ámbito habitual de desarrollo de las relaciones conyugales y de filiación, el lugar en donde se desarrolla la convivencia familiar y en la que residen habitualmente³⁵. Por ello debemos de afianzar la diferencia entre vivienda familiar y la vivienda conyugal. La vivienda conyugal es la vivienda que comparten los cónyuges y su nacimiento proviene de la obligación recogida en el artículo 68 CC, por el cual los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. En el momento en el que surja una crisis matrimonial y se proceda a la nulidad, separación o divorcio esta dejará de existir porque ambos cónyuges cesarán la convivencia.

³⁴ Artículo 349 CC.

³⁵ SAP Madrid, de 22 de junio de 2012 (AC/2012/1132).

Por todo lo anterior, comprendemos que la vivienda familiar no influirá a efectos de determinar la propiedad del inmueble. Es posible y habitual que la vivienda familiar no pertenezca a ambos cónyuges, si no a uno de ellos, o lo que es más radical, que el inmueble sea propiedad de los progenitores de uno de los cónyuges. Como regla general, el uso de la vivienda familiar se le atribuirá a uno de los miembros de la pareja, a pesar de no ser propietario de la misma, cuando en el núcleo familiar existan menores y se tenga la custodia de los mismos.

IV.2. Legislación y derecho aplicable.

La atribución del uso de la vivienda familiar es una de las cuestiones más complejas y conflictivas. El Código Civil, establece que será el Juez el que determine las directrices a seguir en caso de no haber llegado entre los cónyuges a un acuerdo. El motivo por el que el Código Civil plantea esta solución va íntimamente ligado al hecho de que la Constitución Española reconoce a los poderes públicos la obligación de proteger social, económica y jurídicamente a la familia. A continuación retomaremos un tema al que ya se ha aludido anteriormente, y es el concepto de familia. En la Constitución Española no se establece que el término familia haya de constituirse a través del matrimonio, aplicando algunos preceptos a aquellos convivientes que deciden no contraer matrimonio. La única diferencia es que los convivientes de hecho, o las parejas *more uxorio* no van a poder acogerse ni obtener algunos de los derechos que ostentan los cónyuges. El motivo es sencillo y resulta necesario considerar que, es probable el hecho de que determinadas parejas no contraigan matrimonio con el fin de no acogerse al régimen de gananciales, o a otros deberes y obligaciones que surgen con el matrimonio. Por ello resulta básico reconocer que aquellas personas unidas, sin vínculo matrimonial, no podrán beneficiarse de determinados derechos que únicamente se prevén en una crisis matrimonial.

En este sentido la doctrina del Tribunal Supremo³⁶ ha excluido la aplicación del artículo 97 del Código Civil en el ámbito de la convivencia *more uxorio*³⁷, principalmente por el motivo al que hemos hecho alusión antes, y es que al no haber contraído matrimonio, uno de los sujetos no podrá solicitar una compensación económica. No obstante, ya existen sentencias en las que el juez competente atribuye una pensión compensatoria tras la ruptura de ambos convivientes, sin que exista vínculo matrimonial³⁸.

A pesar de ello, existe una obligación, una norma de carácter imperativo cuando concurren hijos menores y deberá de tenerse siempre en cuenta con independencia de cual sea la relación entre dos personas (matrimonio, relación análoga de afectividad, pareja de hecho) y esta norma es el artículo 96.1 CC: “*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*”. Como consecuencia de ello el uso de la vivienda se le atribuirá al progenitor que ostente la custodia cuando el hijo no haya alcanzado la mayoría de edad, a pesar de

³⁶ STS (Pleno) de 12 de Septiembre (RAJ 2005, 7148).

³⁷ DE VERDA Y BEAMONTE J. R. : “La atribución del uso de la vivienda familiar en España”. Ponencia a las IV Jornadas Internacionales de Derecho de Familia, organizadas con el IDIBE, 14 de Octubre de 2015, p. 17.

³⁸ La STS 749/2002 de la Sala de lo Civil, de 16 de Julio. En ella se establece una pensión de alimentos a favor no solo del hijo menor, si no también a favor de la progenitora del menor en cuestión a pesar de no tener ningún vínculo matrimonial entre ambos, tratándose de una convivencia “*more uxorio*”.

no tener la propiedad de la vivienda familiar. La persona que ostenta la custodia no tiene el deber de ser propietario de la vivienda familiar, incluso en ocasiones es posible que la propiedad no sea de ninguno de los cónyuges o miembros de la pareja, pues resulta común que los padres de uno de ellos cedan el uso de una propiedad. En ese caso, a pesar de tener cierta similitud no ocurre este hecho concretamente, pues María la madre de Felipe le otorga la propiedad del inmueble a su hijo, y por tanto ella deja de tener un derecho pleno sobre ese inmueble. Por ello, con la aplicación del artículo 96.1 CC la respuesta a la cuestión será idéntica con independencia de que el matrimonio entre Leticia y Felipe sea nulo o válido al presumir que solicitaron la dispensa por impedimento de parentesco.

Se sostiene que el interés principal en un proceso de separación, divorcio o nulidad es el interés superior del menor (*favor filli o favor minoris*) y será el punto de referencia en torno al que giren las medidas judiciales a adoptar tras la ruptura de los progenitores. Además, se sobreentiende el hecho de que el principio superior del menor está presente en cada una de las medidas que se deben adoptar, sin necesidad de hacer referencia constantemente a él. Sin embargo, es cierto que existen dos posibles interpretaciones del artículo 96 CC: ¿es el interés superior del menor en cuanto a la atribución de la vivienda familiar una presunción *iuris et de iure* o una presunción *iuris tantum*? La jurisprudencia ha optado por dar una respuesta inconcreta, así hay Tribunales que optan por defender que el interés del menor únicamente es satisfecho mediante la atribución de la vivienda, como por ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 1 de septiembre de 2005, que considera que el artículo 96 CC reviste un carácter imperativo, denegando el uso de la vivienda al progenitor que no ostente la guarda y custodia; y otros Tribunales que consideran la presunción *iuris tantum*, entendiéndolo que existen otras formas de satisfacer el interés superior del menor, es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 24º de 29 de junio de 2005, en este caso concreto se le atribuye el uso de la vivienda a la esposa, a pesar de tener no tener la guarda y custodia, y se basa en la decisión de que los menores tienen solucionadas sus necesidades básicas (hogar, alimento, textil) con su padre y su nueva pareja. Por tanto, la decisión dependerá del supuesto de hecho en concreto, de las circunstancias que lo rodean, de si la separación de los progenitores es contenciosa o de mutuo acuerdo, y otros factores.

Sin embargo no solo es objeto de determinación el uso de la vivienda familiar, el artículo 90 del Código Civil señala que “el convenio regulador deberá de tener, al menos los siguientes extremos: 1º el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de esta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos, 2º si se considera necesario el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, 3º la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, 4º la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso, 5º la liquidación del régimen económico del matrimonio, 6º pensión que correspondiere satisfacer a uno de los cónyuges”. En el caso concreto de Felipe y Leticia no tendrán que establecerse todos los extremos mencionados, pero sí que se tendrá que establecer a quién le corresponde el cuidado de los hijos, y la atribución del uso de la vivienda, que son las cuestiones que nos interesan.

Es posible que la relación entre Leticia y Felipe ocasione quizá algunas tiranteces porque recordemos que Lucía es hija de ambos, sin embargo, Leticia tiene un hijo que proviene de su pareja anterior, y desconocemos como puede influir esto a efectos de determinar quien se mantiene en el ajuar doméstico. Para poder determinar quien ostenta la guarda y custodia resulta

imprescindible atender a la relación paterno-filial y materno-filial, y a las circunstancias que rodean a cada progenitor.

IV.3. Atribución del uso de la vivienda

IV.3.a) Guarda y custodia de los hijos

En primer lugar es necesario determinar la guarda y custodia, para posteriormente atribuirle el uso de la vivienda familiar a uno de los dos progenitores. Es lógico que con el cese de la convivencia el término “patria potestad” se fragmente. La “patria potestad” implica tener a los hijos en su compañía³⁹, sin embargo, cuando la convivencia entre los progenitores cesa, solo uno de ellos tendrá la guarda y custodia de los menores, a pesar de que ambos mantengan la “patria potestad”, siempre que no se prive de la misma a uno de ellos. Los motivos que generarán esta privación serán las conductas irresponsables o inadecuadas, pudiendo ser la privación total o parcial. Continuando con la guarda y custodia, puede ser general o compartida, dependiendo de si se le atribuye a uno de los cónyuges o a ambos. Tratándose de Felipe y Leticia, la custodia por la que se optará es por la custodia de régimen general. La custodia compartida es una modalidad que reviste más complejidades (viviendas propias de cada cónyuge, compatibilidad entre ambos) a pesar de ser la idónea para los menores, ya que con ella se hace efectivo el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores. Además, el artículo 92.7 CC establece que de ningún modo se podrá proceder a la custodia compartida cuando alguno de los padres esté incurso en un procedimiento penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos de ambos. Por ello teniendo en cuenta las actitudes de Felipe, (que se desarrollarán en la siguiente pregunta) si Leticia denunciase los hechos, únicamente se podría determinar la guarda y custodia de acuerdo con el régimen general.

Respecto a la situación de Leticia y Felipe, debemos tener en cuenta que la hija de ambos es Lucía. Antonio es hijo de Leticia proveniente de otra pareja anterior a Felipe, ya fallecido. Esta cuestión podría generar y dificultar el proceso a fin de determinar a quien le corresponde la vivienda familiar. A pesar de poder imaginar que Lucía y Antonio no están unidos por vínculo de parentesco alguno, lo cierto es que son hermanos uterinos, lo que implica que son hijos de la misma madre pero de distinto padre, existiendo entre ambos un vínculo simple de parentesco. Este aspecto es digno de recalcar puesto que, será importante para el Juez. La guarda y custodia deberá de otorgarse a aquel progenitor que ofrezca mayores y mejores garantías, y pueda satisfacer material y moralmente las necesidades de los hijos. Además, deberán de tenerse en cuenta las condiciones económicas y familiares. La atribución de la guarda y custodia es un mecanismo complejo en el que deberán de evaluarse las circunstancias que rodean el caso en concreto, a pesar de que tradicionalmente como norma general la guarda y custodia se atribuya a la mujeres, siendo los hombres los que adquirirían el derecho de visita.

Con el fin de determinar a quien se le atribuye la guarda y custodia, y en consecuencia el uso de la vivienda familiar, debemos de destacar que los Tribunales han realizado una enorme labor estableciendo unos precedentes que se tendrán en cuenta. Así es el caso de la STS de 25 de Octubre de 2012-RJA 9727 en la que se hace alusión al criterio particular de no separar a los hermanos,

³⁹ Artículo 154 CC.

considerando que esta unión supone un beneficio al interés de ambos. La sentencia se refiere a hermanos de doble vínculo, pudiendo ser aplicado este criterio a hermanos uterinos.

El último criterio, y más importante, que tendremos en cuenta para otorgar la guarda y custodia en el caso de Leticia y Felipe, son los hechos y actitudes de Felipe, que tienen como víctima a Leticia e indirectamente a los dos menores. Recientemente el Tribunal Supremo⁴⁰ estimó la guarda y custodia a la madre (actora) al ser víctima de un delito de amenazas leves en el ámbito familiar. Tras el recurso del demandado, el Tribunal consideró que no sería válida objeción ninguna, entendiendo que los malos tratos, amenazas y demás actitudes afectan directa o indirectamente a los menores, siendo también víctimas de dichos actos. Junto con lo anterior, el artículo 92.7 CC establece que no procederá la guarda y custodia cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal por delitos contra la vida, la libertad o la integridad moral y por ello la custodia de Lucía deberá ostentarla Leticia.

IV.3.b) Uso de la vivienda familiar

En el momento en el que la custodia ha sido atribuida a uno de los progenitores, la atribución del uso de la vivienda familiar se determina con más facilidad. Es posible que ambos progenitores lleguen a un acuerdo y sean ellos mismos los que determinen quien gozará de la vivienda familiar y también de los objetos de uso ordinario, es decir, el ajuar doméstico. Si por el contrario el acuerdo no se asume por una de las partes, será el Juez quien decida. Este proceso se seguirá siempre que concurren hijos menores con independencia de que se trate de una nulidad matrimonial, un divorcio, una separación o mismo cuando los progenitores fuesen pareja de hecho o meros convivientes. No existe posibilidad de aplicar a las parejas de hecho o convivientes otras normas que no sean las que rigen los procesos de divorcio o separación, así lo indica la Doctrina del Tribunal Supremo⁴¹ en la que menciona continuamente el interés del menor, que será el núcleo principal de cualquier decisión; además manifiesta que el custodio podrá hacer uso de la vivienda hasta que el custodiado adquiera la mayoría de edad.

Por todo lo anteriormente expuesto y atendiendo a la situación familiar de Leticia y Felipe se le atribuirá el uso de la vivienda familiar a Leticia, al tener ella la custodia de sus dos hijos menores. Esta atribución podrá tener un carácter indefinido, salvo cuando el cónyuge que goza de su uso y disfrute haya perdido la custodia de los menores, o cuando no convivan con él. Sin embargo, el mayor beneficio que puede tener este derecho es que es oponible a terceros, lo que implica que a pesar de que el cónyuge propietario, Antonio, venda el inmueble a un tercero o en subasta pública, el derecho de uso a la vivienda es oponible, generando una garantía para el cónyuge custodio. Pero además, el Código Civil ofrece más protección al miembro no titular de la vivienda; el artículo 96 establece que para disponer de la vivienda que corresponde al miembro no titular o de sus objetos será necesaria una autorización judicial o consentimiento de ambas partes.

⁴⁰ STS 36/2010 (28079130042017100156) CENDOJ. de 4 de febrero de 2016.

⁴¹ STS 221/2011 de 1 de Abril (RJ 2011/3139).

IV.4-Conclusiones

Como conclusión a todo lo expuesto anteriormente y tras observar que el proceso de atribución de uso de la vivienda familiar es muy complejo será Leticia quien disfrute de la propiedad situada en Lugo. Con el único fin de determinar el uso de la vivienda familiar ha sido necesario estudiar otros mecanismos y procesos que son esenciales para atribuirle el uso a Leticia y no a Felipe.

Los principales motivos por los que Leticia consigue este uso son varios, pero sin lugar a duda el más importante es el principio "*favor filli*". En los procesos para la atribución de la custodia es muy importantes criterio de procurar no separar a los hermanos, manteniendo el interés superior del menor.

El único inconveniente que podría presentarse es la capacidad económica que tiene Leticia frente a la estabilidad que presenta Felipe. Sin embargo, como, consecuencia de las actitudes de Felipe de ningún modo se le podrá atribuir la custodia de Lucía, al ser una víctima indirecta de todos los ataques que propina a su madre.

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

El objetivo principal de la siguiente pregunta es determinar si las actuaciones de Felipe son constitutivas de delito. Para ello no analizaremos todas las conductas, tan solo aquellas que pueden ser consideradas como delictivas. Los problemas que surgen en esta cuestión son dos: la relación que une a Felipe y Leticia porque deberá de tenerse en consideración para tipificar o no la conducta y las reiteradas ocasiones en las que Felipe lesiona a Leticia.

La preocupación por la lucha contra la violencia ejercida sobre personas vinculadas sentimental o familiarmente con el agresor es manifiesta en la actualidad. Sin embargo, esta preocupación es bastante reciente. De hecho, hasta que no empezó a extenderse el pensamiento feminista no empezó a ganar terreno la idea de que la violencia doméstica (no existía el término “violencia de género”) no era una asunto privado. Solo recordar que hasta 1975 el Derecho civil español le otorgaba al marido el derecho de corregir a la esposa, teniendo esta la obligación de obedecer⁴².

Felipe y Leticia comenzaron su relación en el año 2013 y durante los dos primeros años, Felipe parecía ser un hombre atento, generoso, activo y dispuesto a encargarse de Leticia y Antonio económicamente. Cuando contrajeron matrimonio, la madre de Felipe les regaló una casa sita en Lugo, aprovechando que la sede de la empresa familiar se encontraba allí. El propietario de la vivienda sería Felipe y Leticia se encargaría de los asuntos legales necesarios. Cuando se instalaron allí Leticia conoció un nuevo círculo de amistades y les comentó lo atento y protector que era su marido a la vez que alardeó de lo pendiente que se encontraba siempre por saber con quién estaba, en donde estaba o a que hora llegaba a casa. Las amigas, un poco preocupadas, le advierten de lo importantes y peligrosas que pueden llegar a ser esas conductas, pero a ella parecen no preocuparle.

V.1. Delito de stalking

Centrándonos en esta primera situación y entrando en materia, la reforma del Código Penal del año 2015 supuso la introducción de un nuevo tipo penal, el “*stalking*”. En la Exposición de Motivos, en el punto nº XXX, se justifica la introducción de este tipo penal. Se explica que existe una necesidad de introducirlo para dar respuesta a conductas de indudable gravedad, que en la mayoría de ocasiones no pueden encuadrarse dentro de las coacciones o amenazas. El “*stalking*” es un delito que castiga supuestos en los que se atenta contra la libertad de la víctima reiteradamente, aunque no se manifieste explícitamente el objetivo de causar un mal a alguien.

El bien jurídico que protege el “*stalking*” es la seguridad, es decir, el derecho a la tranquilidad personal. En el momento en el que este tipo penal se lleva a la práctica es cuando se considera que este delito afecta también a la libertad de obrar, siempre que la víctima vea modificados sus horarios, hábitos o sus compañías, siendo esta consideración acorde a la regulación de otros países europeos⁴³.

El delito de “*stalking*” se regula en el artículo 172ter del Código Penal. Es un tipo mixto alternativo en el que son necesarios dos presupuestos: una conducta acosadora y reiterada y una

⁴² MÚÑOZ CONDE, F . : “*Derecho Penal. Parte especial*”, Tirant lo blanch, Valencia, p. 193.

⁴³ SJPI de 23 de Marzo (31232430032016100001) 3/2016 nº3 de Tudela, CENDOJ.

alteración grave en el desarrollo de la vida de la víctima. Una de las características principales del “*stalking*” es la variedad de conductas que castiga, estas son exclusivamente: 1º actos de vigilancia y persecución, 2º contacto o intento de contacto con el sujeto a través de cualquier medio de comunicación, 3º uso indebido de datos personales, 4º atentar contra la libertad o el patrimonio de la víctima.

El precepto utiliza el término “acosar” y añade “que debe ser realizado de forma insistente y reiterada”, es decir, es necesario un patrón de conducta, pero no establece cuántas veces ha de llevarse a cabo la conducta para que sea penalmente relevante. Sobre ello la doctrina define diversas modalidades de acoso: moral y psicológico. El acoso moral busca humillar a la víctima mientras que el acoso psicológico produce sentimientos de preocupación, temor, inseguridad o desasosiego.

El Código Penal prevé un tipo agravado para cada una de las conductas que hemos concretado anteriormente. Se agravará la conducta por vulnerabilidad de víctima por ser la víctima cónyuge o persona que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, descendiente, ascendiente, hermano por naturaleza o adopción, propios del cónyuge o conveniente entre otros. Por ello, la sentencia del Juzgado de Instrucción de Tudela utiliza el término “persona” para referirse al sujeto pasivo sin exigir un sexo determinado del sujeto activo y del sujeto pasivo, siendo imposible encuadrar este delito dentro de la violencia de género.

En el caso de Felipe no se llevan a cabo las cuatro conductas que hemos mencionado antes, pero basta con que tenga lugar una de ellas para la comisión de este delito. En este caso Felipe intenta contactar y contacta continuamente con Leticia a través de una aplicación móvil. Podemos observar que no se castiga únicamente ponerse en contacto con la víctima, sino que sería suficiente intentar contactar de modo reiterado. Por el enunciado, comprendemos que Felipe no realiza actos de vigilancia, ni usa los datos personales de Leticia, pero intenta estar en contacto con ella sucesivamente a lo largo de los días para conocer sus hábitos o su localización, pudiendo modificar la rutina y las costumbres de Leticia, incluso llega a interferir entre las nuevas amigas de Leticia, acusándolas de envidiosas.

V.2. Delito de trato degradante

Unos meses más tardes, mientras celebraban la cena de Nochevieja en las Navidades del 2015, la familia intentó alegrar a Leticia, mencionando lo deliciosa que estaba la cena porque Felipe únicamente se dedicaba a menospreciar todo su trabajo y justificaba su comportamiento argumentando que era él quien tenía trabajo y, consecuentemente, un sueldo. Esta actitud es la que mostraba Felipe en todas las celebraciones y reuniones familiares.

El Código Penal en su Título VII del Libro II trata “las torturas y otros delitos contra la integridad moral”. El punto de partida obligatorio de estos delitos es el artículo 15 de la Constitución, que prohíbe la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes, y todas aquellas acciones que supongan un menoscabo de la integridad física y/o moral. El bien jurídico protegido es la integridad moral⁴⁴. Es un término que puede resultar un poco difuso, pero habitualmente se entiende que el bien jurídico es la dignidad humana. Sobre esto se pronunció el Tribunal Supremo y

⁴⁴ STS de 18 de abril (RJ 2002/5562).

sostiene que en este tipo de delitos el bien jurídico trasciende a la integridad personal y engloba la integridad moral y física .

En el artículo 173.1 del Código Penal, en el párrafo primero se castiga infligir un trato degradante cuando se menoscabe la integridad moral del sujeto pasivo sin especificar en qué consiste dicho trato. Requiere además que este menoscabo sea grave para la integridad moral. La combinación de estos dos elementos y la concreción del legislador nos plantea un importante problema interpretativo y por eso en la práctica esta conducta funciona como un tipo residual, pudiendo acogerse a los hechos que no sean subsumibles en otros tipos o aquellos que no tienen un carácter vejatorio suficiente⁴⁵.

Es posible considerar las reacciones y comportamientos de Felipe como una conducta típica de un delito de trato degradante porque provoca en Leticia un sentimiento de humillación e inferioridad, menoscabando su integridad moral. Podemos observar, como ya mencionamos anteriormente, que funciona como un tipo residual, ya que estas actitudes no encajarían plenamente en un delito de coacciones o lesiones.

V.3. Delitos de lesiones, violencia en el ámbito familiar y delito de violencia en el ámbito familiar

En siguiente lugar, hablaremos de un delito de lesiones que adquiere tal consideración como consecuencia de varias discusiones el día 13 de marzo de 2016 y 16 de junio de 2016. En la primera, Felipe propina a Leticia un empujón, y no causa ningún tipo de lesión. Sin embargo, ella decide acudir al médico al día siguiente porque se encuentra ya en la fase final de su segundo embarazo. En la segunda, con unas copas de vino de más Felipe golpea en varias ocasiones a Leticia, y le causa varias lesiones, a diferencia de lo que ocurre la primera vez.

Los delitos de lesiones se recogen en el Título III del Código Penal y se trata de un tipo penal multiforme, y por ello en ocasiones es difícil estudiarlos de manera sistemática. La doctrina mayoritaria considera que el bien jurídico protegido es la salud de las personas, es decir, que no solo se protege la vertiente física de las personas, si no también la vertiente psíquica del ser humano. El Tribunal Supremo va más allá y ofrece su propio concepto de lesión estableciendo como tal todo daño en la sustancia corporal, perturbación en las funciones del cuerpo o modificación de la forma de alguna parte del cuerpo. También cuando se producen malestares psíquicos⁴⁶, como el temor o el asco. Una característica muy importante de los delitos de lesiones, es que son delitos de resultado, salvo algunos supuestos, y por eso tiene que tener lugar una verdadera afectación física o psíquica en el sujeto pasivo.

En el desarrollo del delito de lesiones el Código Penal nos ofrece un tipo básico, un tipo atenuado, tipos agravados, un tipo imprudente y, en último lugar, analiza la riña tumultuaria y la violencia en el ámbito familiar.

El tipo básico de lesiones se regula en el artículo 147.1 y requiere la causación de una lesión, que haya existido una primera asistencia facultativa y un tratamiento quirúrgico. En caso de

⁴⁵ STC de 27 de junio RTC (1990/120).

⁴⁶ STS de 9 de junio (RJ 1998/5157).

que se cause una lesión, pero no haya una asistencia facultativa o tratamiento quirúrgico hablaremos de un delito de lesiones atenuado. A pesar de la claridad del tipo penal, se generaban con facilidad algunas dudas sobre qué era el tratamiento quirúrgico y si solo comprendía la cirugía en particular. La jurisprudencia considera que los puntos de sutura y la inmovilización de alguna parte del cuerpo son un tratamiento médico o quirúrgico. En cambio, la doctrina los incluye en primera asistencia si se aplican en ese momento y pasados los días se retiran. Debemos señalar que la jurisprudencia ha realizado una enorme tarea interpretativa sobre este tema, lo que en muchas ocasiones condiciona los procesos penales⁴⁷.

Las líneas más importantes son: El tratamiento psicológico no es tratamiento médico; una vez prescrito por el médico, es indiferente que el tratamiento lo lleve a cabo un médico o auxiliar; si finalmente se necesita seguimiento y revisión médica final declarando el alta, se considera que la lesión ha necesitado tratamiento médico; si finalmente se necesita seguimiento y revisión médica final declarando el alta, se considera que la lesión ha necesitado tratamiento médico y por último, en las fracturas óseas, se considera el reposo como tratamiento médico.

Por tanto, atendiendo a todas estas variedades nos planteamos las siguientes preguntas: ¿En estas situaciones nos encontramos ante un delito de lesiones o un delito de violencia en el ámbito familiar? Para poder determinar si se trata de un delito u otro procederemos a analizar y a atender los detalles de las dos situaciones.

El 13 de marzo de 2016, Felipe propinó un empujón a Leticia sin ocasionar ninguna lesión como ya hemos dicho, sin embargo, ella decidió acudir al médico preocupada porque se encontraba en la recta final de su embarazo. El Código Penal considera que estas actuaciones son un tipo atenuado del delito de lesiones, lo que antiguamente era una falta de lesiones. El tipo atenuado de lesiones cuenta con dos preceptos: el artículo 147.2 castiga a quien causa un resultado de lesión, pero sin necesidad de tratamiento médico y el apartado 3 castiga el hecho de golpear sin causar lesión, bastando con probar los hechos. Este último, el artículo 147.3, está específicamente creado para conductas en las que se agrede a una persona, pero no se causa un resultado, como por ejemplo en los empujones, tirones de pelo, bofetadas.

Lo que ocurre es que la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, introdujo en el artículo 153 un polémico precepto en el que se castiga como delito causar un menoscabo psíquico o una lesión de menos gravedad, es decir, aquellas conductas objeto del artículo 147.3 siempre que la víctima sea: mujer o esposa del autor o haya esta ligada a él por relación de análoga afectividad, cónyuge o ex cónyuge, descendientes, ascendientes, menores o incapaces que convivan con el autor o se hallen sujetos a su tutela, persona de especial vulnerabilidad que esten sometidas a un centro público o privado.

En este caso, Leticia es la pareja de Felipe, y como consecuencia de ello, el artículo aplicable será el artículo 153 y no el 147.3. Además, en este precepto se establece que cuando se trate de los dos primeros grupos de personas, la pena será superior al resto de los casos; es decir cuando se trata de mujer, pareja o ex-pareja.

⁴⁷ STS de 3 de Febrero (RJ 2005\2193), STS de 16 de febrero (RJ 1999\2006), STS de 26 de febrero (RJ 1998\1194).

El día 16 de junio de 2016 la situación que tuvo lugar fue muy distinta a la anterior. Ese día Felipe propina varios golpes a Leticia y como consecuencia de ello le ocasiona un esguince en el pie derecho y dolores cervicales. Cuando visita al médico este le receta analgésicos para disminuir el dolor y le obliga a usar collarín. Como consecuencia de las lesiones Leticia deberá de estar unos cuantos días en reposo. El conflicto se plantea en esta concreta actuación ya que, como hemos dicho anteriormente, la jurisprudencia ha sentado unos precedentes que no se ajustan concretamente a lo que la Ley establece. Si atendemos a algunas líneas jurisprudenciales⁴⁸ podemos ver que el reposo se considera tratamiento médico y la inmovilización de una parte del cuerpo también; por ello se considerará que esta actuación forma parte de un delito básico de lesiones porque cumple correctamente con los presupuestos del tipo penal. Además, el artículo 148 prevé una pena superior “*si la víctima fuere o hubieres sido esposa, o mujer que estuviere o hubieras estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia*”.

Observamos que las conductas de Felipe se repiten en el tiempo, no todas ellas presentan siempre las mismas consecuencias, pero de todas ellas Leticia es la víctima. Por ello, el Código Penal prevé un nuevo tipo penal recogido en el artículo 173.2, 3 y 4, el delito de violencia habitual en el ámbito familiar. La conducta típica en este caso consiste en ejercer habitualmente violencia física o psíquica respecto a determinados sujetos entre los que se encuentra: persona que es o ha sido cónyuge del autor, o está o ha estado ligada al autor por análoga relación de afectividad aun sin convivencia. Podemos observar como cada día la violencia psíquica va adquiriendo más importancia en estos aspectos, siendo tenida en cuenta por los Tribunales. La principal característica que presenta este precepto es la habitualidad, en este caso no se castiga el ejercer una única vez violencia física o psíquica sobre uno de los sujetos del ámbito familiar, sino que esos hechos ocurren reiteradamente. Para poder apreciar si existe violencia habitual en el ámbito familiar es necesario atender y determinar el número de actos violentos y su proximidad temporal, con independencia de que haya afectado a uno o varios sujetos. En este caso Felipe ejerce varios actos violentos en el transcurso de un año, y por ello podría considerarse como violencia habitual en el ámbito familiar.

En los últimos años los Tribunales y la Doctrina han realizado un intenso estudio sobre este tema, para poder determinar cuando nos encontramos ante un caso verídico de violencia habitual en el ámbito familiar. Así mismo, no es necesario tener en cuenta si estos delitos han sido ya juzgados, o si han prescrito, lo importante de este tipo penal es atender a cuando tienen lugar⁴⁹. Por este mismo motivo los Tribunales no incurrir en un *bis in ídem*, porque aunque habiendo sido ya juzgados estos actos y el sujeto condenado por ellos, estos no se vuelven a juzgar, simplemente se tienen en cuenta a la hora de poder considerar la existencia de violencia habitual, de un nuevo delito. Así, la Sentencia 1373/2015 de la Audiencia Provincial de Madrid señala la Circular de la Fiscalía General del Estado 438/2015 de 30 de diciembre de 1003 señala que en los supuestos en los que se enjuicien conjuntamente la conducta concreta y la habitual de la aquélla no es sino una específica expresión, habrá de estimarse cometido un delito del artículo 153 más un delito del artículo 173 en su modalidad agravada⁵⁰. De modo que la condena por un delito de violencia

⁴⁸ STS de 11 de Marzo, (RJ 2010\4484).

⁴⁹ SSTs 662/2002 de 18 de Abril (RJ 2002\5562) ; 687/2002 de 16 de Abril (RJ 2002\5448).

⁵⁰ SAP de Madrid, de 30 de Julio, 438/2015,(JUR\2015\209108). Fund. jur. 1º.

habitual en el ámbito familiar no eliminará la responsabilidad por otros delitos contemplados en Código Penal.

Otra característica del delito de violencia habitual es su bien jurídico, generalmente podría considerarse que el bien jurídico protegido es la salud física y psíquica de la víctima, sin embargo, debemos de ir más allá; así lo ha hecho la Jurisprudencia señalando que⁵¹ : “ la violencia física y psíquica a que se refiere este tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia aisladamente considerados y el bien jurídico es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentalmente valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad, el núcleo familiar”. El núcleo familiar se comprende como una comunidad de amor, libertad, respeto mutuo e igualdad, siendo protegida a través de este precepto la paz familiar⁵². Por todo ello la jurisprudencia considera que este tipo de actitudes deben de ser abordadas como un problema social de primera magnitud, y no como otros tipos penales en los que el conflicto procede de las relaciones de pareja. Este delito tiene como objetivo castigar todas aquellas conductas que dirigidas a uno o a varios miembros de la familia, entendiéndose como tal los sujetos incluidos en el precepto, generan una atmósfera psicológica y moralmente irrespirable, pudiendo generar en la/ las víctimas un impedimento de su desarrollo personal como consecuencia de la humillación, la angustia y el temor que han sido inducidos.

⁵¹ STS de 13 de abril de 2006 (RJ 2006\1952).

⁵² SAP de Madrid, de 30 de Julio, 438/2015 (JUR\2015\209108). Fund. jur. 4º.

V.4. Conclusiones

Tras haber realizado un análisis de todas y cada una de las conductas delictivas de Felipe, se le deben imputar una serie de delitos.

En primer lugar, la insistencia de Felipe por conocer qué hace, con quién está y dónde se encuentra Leticia encaja a la perfección en el delito de “*stalking*”, que conlleva una pena de entre tres meses a veinticuatro meses de cárcel o multa. Este delito no requiere acosos gravemente lesivos para la libertad de la víctima, si no que basta con que afecte al desarrollo de su rutina.

En segundo lugar, otras actitudes de Felipe serían consideradas como un delito de trato degradante, al atentar contra la integridad moral de Leticia y funcionar como un tipo residual en el que se acogen conductas que no pueden ser subsumibles en otros tipos penales.

En tercer lugar, el tercer delito será de lesiones. Al haberse generado confrontación con Leticia en dos ocasiones, debemos de analizar cada hecho de modo independiente. Así, los hechos que ocurrieron el 13 de marzo responderán a un delito de lesiones del artículo 147.3, es decir, no requiere un resultado de lesión, basta con probar el hecho. Si embargo, tras la promulgación de la LO 1/2004 esta misma conducta deberá de ser considerada como un delito de violencia en el ámbito familiar al tener en cuenta la relación de afectividad que une a Leticia y Felipe. Sin embargo, los hechos datados el 16 de junio tendrán la consideración de un delitos de lesiones al haber ocasionado una lesión y ser necesario asistencia facultativa y tratamiento quirúrgico (se considerará el collarín como tratamiento quirúrgico). Además, esta conducta podrá agravarse al estar Leticia ligada al autor por una relación de afectividad.

Por último, como consecuencia de todas las conductas anteriores y del escaso periodo de tiempo en el que se han ejecutado, concretaremos que estamos ante un delito de violencia habitual en el ámbito familiar que se aplicará con independencia de las conductas anteriores, ya que este tipo penal atiende al requisito de la habitualidad, sin incurrir en un *bis in idem* porque no se castigan las conductas ya castigadas.

CONCLUSIÓN FINAL

I.1- Sobre la primera pregunta, una vez analizadas las dos cuestiones debemos concluir estableciendo que la unión de hecho entre Leticia y Felipe no es válida a pesar de su inscripción en el Registro Civil puesto que el vínculo de parentesco entre ambos supone un obstáculo infranqueable a ojos de la Ley; su relación tía- sobrino les impide formalizar su unión de hecho. Además la Ley de las *Illes Balears* no contiene ningún mecanismo que permita dispensar este impedimento, pues únicamente se limita a establecer que no podrán constituir pareja estable los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado.

I.2- El segundo problema que se plantea en la primera cuestión es la validez del matrimonio entre Leticia y Felipe. Este matrimonio será considerado nulo debido a la relación de parentesco entre los contrayentes. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurría con la unión de hecho, el Código Civil lo permite en ocasiones cuando se solicite la dispensa por impedimento de parentesco. A través de este mecanismo se permite que los sujetos unidos en tercer grado de parentesco colateral contraigan matrimonio. Esta dispensa podrá solicitarse aún después de haber celebrado el matrimonio puesto que genera efectos retroactivamente. Por ello el matrimonio de Leticia y Felipe podrá ser considerado válido si solicitan dicha dispensa y es otorgada por el Juez de Primera Instancia.

Cabe destacar que en esta cuestión también hemos hecho alusión al consentimiento prestado por Felipe, pudiendo verse este viciado, al haber sido otorgado tras una amenaza realizada por Leticia, sin embargo como hemos mencionado ya anteriormente, serían necesarios más datos sobre esta cuestión para poder profundizar en ella y determinar si el consentimiento de Felipe se considera viciado o no.

II.1- Sobre la segunda cuestión, se ha de considerar que la adopción de Antonio por parte de Felipe no es válida. La causa principal por la que debemos de considerar la adopción como inválida se ciñe únicamente al requisito de la edad entre los dos sujetos, adoptante y adoptado. En el año 2014, que es cuando se inician los trámites, el Código Civil establecía una diferencia como mínimo de catorce años, sin permitir excepción alguna. Por ello, a pesar del interés superior del menor y la idoneidad del adoptante la adopción no llega a buen término al no cumplir uno de los requisitos esenciales .

III.1- En la tercera cuestión abarcaremos dos temas diferentes, en primer lugar el divorcio entre Leticia y Felipe y en segundo lugar la pensión de alimentos. En cuanto a la solicitud de divorcio, Leticia podrá solicitar la acción de divorcio si antes se hubiese solicitado la dispensa por impedimento de parentesco en tercer grado. De no haber solicitado la dispensa no podrá ejercer la acción de divorcio, pues el matrimonio ha sido inexistente y no ha generado ningún efecto jurídico.

III.2- En cuanto a la pensión de alimentos de Lucía y Antonio, únicamente la primera podrá ser beneficiaria de dicha pensión. No existe una relación paterno-filial entre Antonio y Felipe y por ello no le deberá de conceder una pensión de alimentos. Sin embargo, Lucía si que podrá beneficiarse de la pensión de alimentos. Debido a su minoría de edad será Leticia quien la solicitará.

En cualquier caso, aún cuando la madre no haya solicitado esta pensión, el Juez de oficio tendrá la competencia y capacidad para poder imponer dicha obligación al padre.

IV.1- Sobre la cuarta cuestión concluiremos atribuyéndole el uso de la vivienda familiar a Leticia, a pesar de no ser propietaria del inmueble. Las normas que rigen los procesos de nulidad, separación o divorcio ampliarán su ámbito de aplicación a otros procesos en los que existan menores por medio. Ello se debe a que en la mayoría de estos procesos destaca el principio “*favor filli*”, quiere decir que se atenderá especialmente al interés del menor.

Se considera por tanto que el interés de Lucía, la menor, queda protegido atribuyéndole a Leticia la guarda y custodia de la misma. Además, de este modo Lucía no se separará de su hermano uterino. Es probable que económicamente sea Felipe el se encuentre en una situación más favorable, sin embargo, como observaremos en la cuestión siguiente también se le considera autor de varias conductas delictivas que atentan y ponen en peligro la integridad física y moral de Leticia, y por tanto afectan indirectamente a los dos menores.

V.1- En último lugar, tras haber realizado un análisis de todas y cada una de las actuaciones de Felipe se le imputan una serie de delitos.

Las actuaciones de Felipe al tratar de conocer la rutina y actividades de Leticia constituyen un delito de “*stalking*”. Este tipo penal no requiere un acoso gravemente lesivo, si no que basta con que la víctima pueda ver afectada su rutina o sus hábitos. El “*stalking*” castiga unas determinadas conductas tales como el intento de contactar telefónicamente, persecuciones, etc.

Además, Felipe también sería autor de un delito de trato degradante al atentar contra la integridad moral de Leticia. Este tipo penal funciona como un tipo residual en el que se incluyen conductas que no tienen la entidad suficiente como para encuadrar dentro del delito de coacciones, amenazas o lesiones.

Por último, Felipe lesiona en dos ocasiones a Leticia. En la primera ocasión, su conducta sería considerada como un delito de lesiones atenuado puesto que no hubo un resultado de lesión como tal, pero con la entrada en vigor de la LO 1/2004 conseguirá la calificación de violencia en el ámbito familiar. Por el contrario, lo ocurrido el 16 de junio tendrá consideración de un delito de lesiones, al haber concurrido los presupuestos necesarios, es decir, una lesión, una primera asistencia y un tratamiento médico o quirúrgico.

Como consecuencia de todo lo anterior, a mayores de las penas correspondientes por lo delitos anteriores, se considerará que Felipe es autor de un delito de violencia habitual en el ámbito familiar, debido a la reiteración de los hechos y a la afectación que estos generan en el núcleo familiar.

BIBLIOGRAFIA Y APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

Manuales, monografías y artículos.

LASARTE, C., “*Derecho de familia. Principios de Derecho civil VI*”, 5ª edición, Marcial Pons, Madrid.

LASARTE, C., “*Propiedad y derechos reales de goce. Principios de Derecho Civil IV*” 10ª edición, Marcial Pons, Madrid.

GIL MEMBRADO, C., “*Colección familia y derecho. La vivienda familiar*”, Reus, Madrid, 2013.

PINTO ANDRADE, C., “Revista jurídica de Castilla y León. La atribución judicial de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad”, nº 30 de mayo de 2013.

VARELA FRAGA J, MOYA MEDINA S., “Jornada de Derecho de Familia”, Enfoque XXI, La Coruña, Mayo 2008, Ilustre Colegio Provincial de La Coruña.

MUÑOZ CONDE F., “*Derecho Penal. Parte especial*”, 19ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pp. 191-207.

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

SANZ-DIEZ de ULZURRUM ESCORIAZA J., “*Adopción y acogimiento*”.

RAMS ALBESA J., “*Elementos de Derecho Civil IV. Familia*”, Dykinson, Madrid, 2008.

DE VERDA Y BEAMONTE J. R., “*La atribución del uso de la vivienda familiar en España*”, Ponencia a las VI Jornadas Internacionales de Derecho de Familia, IDIBE, 14 de octubre de 2015.

GARCÍA RUBIO M. P., “Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica”, UAM.

DE PABLO CONTRERAS P., MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ C., PÉREZ ÁLVAREZ M. Á., “*Curso de Derecho Civil III. Derechos reales*”, 4ª edición, Colex, Madrid, 2014.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., “*Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*”, Bercal, S.A., 2013.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., “*Manual de Derecho Civil. Derechos Reales*”, Bercal S.A., 2015.

VICENTE MAGRO SERVET, “*Los delitos de sexting (197.7) y stalking (172 ser) en la reforma del Código Penal*”.

Leyes

- Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil.
- Declaración de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.
- Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966.
- Constitución Española de 6 de diciembre de 1978.
- Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables.
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de protección a la infancia y a la adolescencia.

Apéndice jurisprudencial

Tribunal Constitucional:

Pleno, sentencia 120/1990 de 27 de junio de 1990, RTC 1990\120.

Tribunal Supremo:

- Sentencia 279/1998 de 26 de febrero de 1998, RJ 1998\1194.
- Sentencia 786/1998 de 9 de junio de 1998, RJ 1998\5157.
- Sentencia 240/1999 de 24 de marzo de 1999, RJ 1999\2006.
- Sentencia 687/2002 de 16 de abril de 2002, RJ 2002\5448.
- Sentencia 662/2002 de 18 de abril de 2002, RJ 2002\5562.
- Sentencia 749/2002 de 16 de julio de 2002.
- Sentencia140/2005 de 3 de febrero de 2005, RJ 2005\2193.

- Sentencia 409/2006 de 13 de abril de 2006, RJ 2006\1952.
- Sentencia 36/2010 de 4 de febrero de 2010.
- Sentencia 298/2010 de 11 de marzo de 2010, RJ 2010\4484.
- Sentencia de 1 de abril de 2011, RJ 2011\3139.
- Sentencia 324/2017 de 8 de mayo de 2015, JUR 2017\104597.

Audiencia Provincial:

- Sentencia AP de Madrid de 22 de junio, AC 2012\1132.
- Sentencia AP de Zamora 3 de febrero de 2002.
- Sentencia AP de Málaga de 10 de diciembre de 2010, JUR\2010\211161.
- Sentencia AP de Madrid438/2015 de 30 de julio, JUR 2015\209108.
- Sentencia AP de Teruel de 24 de marzo de 2015, JUR 2015\123212.

Juzgado de Primera Instancia:

- Sentencia Juzgado de Primera Instancia de Tudela, 3/2016 de 23 de marzo de 2016.

