



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO DE FIN DE GRADO

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

Presentado por el alumno Carlos Santiago López Vila
Tutorizado por la Profa. Dra. Dña. Sonia García Vázquez

Curso académico 2016/2017

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
SUPUESTO DE HECHO	4
1. ¿Cómo calificaría la situación legal de Leticia respecto de Felipe?.....	7
1.1 Evolución y tratamiento jurídico de las uniones de hecho en España:	7
1.2 Análisis de la legislación balear de parejas de hecho:	9
1.3 Validez legal de la pareja de hecho:	11
1.4 Validez legal del matrimonio:	13
1.4.1 Causas de nulidad de matrimonio:	13
1.4.2 La dispensa matrimonial:	14
Conclusión:	15
2. La adopción de Antonio ¿fue válida?.....	16
2.1 El requisito de la edad:.....	16
2.2 La importancia de la LPIA:.....	18
2.3 Mantenimiento de los vínculos familiares:	19
2.4 El proceso de adopción:	20
2.5 Conclusión:	20
3. ¿Puede Leticia solicitar el divorcio? Y en su caso: ¿Les corresponde a Antonio y a Lucia una pensión de alimentos?	21
3.1 Divorcio:	21
3.1.1 Tipos de divorcio:	21
3.1.2 Especial referencia al divorcio en procesos de violencia de género:	22
3.1.3 La acción del divorcio:	24
3.1.4 Conclusión:	24
3.2 Pensión de alimentos:	25
3.2.1 Fijación de la pensión de alimentos:	25
3.2.2 Cuantía y titulares de la pensión de alimentos:.....	26
3.2.3 Conclusión:	27
4. ¿A quién debe atribuírsele el uso de la vivienda?	28
4.1 Formas de distribución de la vivienda:	29
4.2 Criterios de distribución de la vivienda:	29
4.3 Naturaleza jurídica de la distribución de la vivienda:	34
4.4 Conclusión:	35
5. ¿Las actuaciones de Felipe son constitutivas de delito?	36
5.1 Introducción a la Ley de violencia de Género:	36
5.2 Actuaciones de Felipe constitutivas de delito:	37

5.3 El delito de Violencia de Género:	41
5.4 Conclusión:	43
BIBLIOGRAFÍA.....	44
MONOGRAFÍAS.....	44
ARTÍCULOS DOCTRINALES.....	45
NORMATIVA CITADA.....	45
COMPENDIO JURISPRUDENCIAL.....	46

ABREVIATURAS

AAP: Auto de la Audiencia Provincial

AATC: Autos del Tribunal Constitucional

AATS: Autos del Tribunal Supremo

Apdo.: Apartado

Apdos.: Apartados

Art.: Artículo

Arts.: Artículos

ATC: Auto del Tribunal Constitucional

ATS: Auto del Tribunal Supremo

BOE: Boletín Oficial del Estado

CA: Comunidad Autónoma

CC: Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

CCAA: Comunidades Autónomas

CE: Constitución Española

CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

LPIA: Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

MF: Ministerio Fiscal

RC: Registro Civil

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

SS.: Sigüientes

SSTC: Sentencias del Tribunal Constitucional

SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

SUPUESTO DE HECHO

DIVORCIO CON HIJOS POR MOTIVO DE LESIONES

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

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

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

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

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

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

Siendo ya pareja de hecho, Felipe insiste a Leticia en que no se preocupe por el dinero y la situación laboral, que se olvide del blog ya que él puede mantenerla tanto a ella como a su hijo. Y para ganarse todavía más la confianza de su pareja, Felipe propone adoptar

a Antonio. Por ello, el 13 de octubre de 2014 la pareja comienza los trámites para llevar a cabo la adopción.

Desde entonces, la pareja no hace más que mudarse de casa en casa por culpa del trabajo de Felipe. En los últimos meses han tenido varias residencias dentro del territorio español que han llevado a Leticia a abandonar su trabajo y depender de la posición económica de su pareja, el cual cobra actualmente un sueldo aproximado de 5.000€ netos mensuales. Leticia, cansada de esta situación, decide dar un ultimátum a Felipe: o se casan o ella se llevaría a Antonio. Como resultado de la amenaza de Leticia, el 25 de mayo de 2015 Felipe y ella contraen matrimonio en Barcelona, su última residencia habitual, en el ayuntamiento y ante la alcaldesa.

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

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

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

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

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.

1. ¿Cómo calificaría la situación legal de Leticia respecto de Felipe?

La primera cuestión que debemos plantear en el caso ante el que nos encontramos, es la situación legal de Leticia respecto de Felipe, abordando por un lado su unión como pareja de hecho y por otro su enlace matrimonial.

1.1 Evolución y tratamiento jurídico de las uniones de hecho en España:

En lo que respecta a las parejas de hecho, es necesario realizar una introducción de cómo esta figura ha ido emergiendo en la realidad social de nuestro país y cómo pasa de ser una institución, a la sombra del matrimonio, a estar presente y regulada en trece CCAA (Galicia, a pesar la única de las trece que no tiene una ley específica para parejas de hecho, las regula en la propia Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia).

Tradicionalmente el medio habitual de constituir una familia, no solo en nuestro ordenamiento sino también en los más cercanos, ha sido el matrimonio. Durante mucho tiempo la regulación de la familia se ha centrado en la originada por el matrimonio, del que surge una plena comunidad de vida y una serie de derechos y deberes dirigidos a posibilitar y disciplinar esa completa unión de personas.¹

Esta situación, cambia con la Constitución Española de 1978, que desvincula matrimonio y familia, pues el art. 32 reconoce el derecho a contraer matrimonio sin referencia a alguna a la familia, que es objeto de protección del art. 39, en concreto, y en lo que aquí nos interesa, en el art. 39.1. Este, por su parte obliga a los poderes públicos a asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. A raíz de esta desvinculación de la familia y del matrimonio, debemos preguntarnos qué situaciones más allá del matrimonio constituyen una familia y hasta qué punto el art. 14 permite convertir el vínculo matrimonial en base legítima para diferenciar entre distintos modelos de familia.

El primero en abordar estas cuestiones fue el Tribunal Constitucional, de la mano de las parejas no casadas que reclamaban la misma protección dispensada a las parejas casadas, con base al art. 14 CE en combinación con el art. 39.1 CE.

Durante una década, este Tribunal se resistió a desvincular la familia y la obligación de protegerla de la tutela del matrimonio. Alegaba, que aunque son objeto de reconocimiento constitucional en preceptos distintos de la CE, la familia en sentido estricto es aquella formada por una pareja casada y su descendía². En coherencia con lo anterior, para el Constitucional, matrimonio y convivencia no son situaciones comparables y que por tanto puede ser objeto de tratamiento jurídico diferenciado³.

Pese a la postura inicialmente adoptada, el Tribunal Constitucional tuvo que asumir que ambos están efectivamente desvinculados en la Constitución⁴. Sin embargo, esto no sirvió para equiparar el matrimonio con otros tipos de familia, pues el Tribunal empezó

¹ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 15.

² ATC de 8 de mayo de 1985.

³ AATC de 11 febrero de 1987 [RTC 1987\156]; de 24 junio de 1987 [RTC 1987\788].

⁴ SSTC de 20 febrero de 1989 [RTC 1989\45]; de 15 noviembre de 1990 [RTC 1990\184]; de 11 abril de 1991 [RTC 1991\77].

a defender que el objetivo principal del art. 39.1 CE es proteger a las familias basadas en el matrimonio, basándose para ello en la idea de que ni el art. 39 CE ni el art. 14 CE obligan a dar el mismo tratamiento al matrimonio y a otros tipos de familia, justificando esta idea con el respaldo que según el Tribunal les proporciona el art. 32 CE⁵. El Constitucional lleva a cabo una interpretación proteccionista del matrimonio, según la cual el legislador debe preservar la institución del matrimonio siendo generoso en los derechos de los cónyuges, y basado en que esta figura es la única contemplada en la CE, dado que no existe ningún otro derecho fundamental a formar otro tipo de unión familiar.

Con la STC 222/1992, del 11 de diciembre⁶, se marca un punto de inflexión en la jurisprudencia constitucional en la materia. El Tribunal abordó por primera vez la doble tarea de esbozar un concepto constitucional de familia y de establecer criterios para determinar el ámbito de las obligaciones de los poderes públicos para con las familias no matrimoniales. Para ello, optó por establecer un concepto de familia amplio y flexible, fundamentado en la convivencia bajo un marco de solidaridades y dependencias. Lo relevante es, pues, la convivencia familiar, no el matrimonio.

El gran logro de esta Sentencia, fue la de establecer la obligación constitucional de los poderes públicos de reconocer y tutelar como familia modelos de convivencia que cuenten con cierta presencia social, y muestren manifiestas necesidades de tutela.

La amplitud de esta definición de familia es notable, pues encajan todo tipo de familias, aunque son las parejas no casadas que conviven en una relación afectiva análoga a la conyugal, también conocidas como uniones de hecho, las que realmente han promovido que el Tribunal Constitucional equipare los derechos de las parejas casadas y no casadas.

Así, siguiendo la estela del Tribunal Constitucional, el legislador estatal ha tendido a equiparar la situación jurídica de las parejas de hecho a la de las parejas casadas. Y lo ha hecho, no mediante la aprobación de una ley estatal de parejas de hecho, sino a través de legislación sectorial, y en una multiplicidad de terrenos.

Ante la falta de una ley estatal de parejas de hecho, trece Comunidades Autónomas han regulado su situación jurídica dentro del marco de sus competencias⁷; incluyendo de forma tácita o explícita, a las parejas del mismo sexo y de sexo distinto.

Estas leyes autonómicas desarrollan en bloque, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, la situación jurídica de las parejas de hecho. Las cuales dejan, de este modo, de ser parejas de hecho para convertirse en parejas convivientes en derecho, en parejas sometidas a un régimen jurídico que difiere del matrimonial, pero con el que existen paralelismos notables. De este modo, la legislación autonómica sobre parejas de

⁵ Art. 32 CE: El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

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

⁶ STS de 11 diciembre de 1992 [RTC 1992\222].

⁷ Ley 10/1998, de 15 de julio, de Cataluña; Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Aragón; Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de Navarra; Ley 1/2001, de 6 de abril, de Valencia; Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de las Islas Baleares; Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de la CA de Madrid; Ley 4/2002, de 23 de mayo, del Principado de Asturias; Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Andalucía; Ley 5/2003, de 6 de marzo, de Canarias; Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Extremadura; Ley 2/2003, de 7 de marzo, del País Vasco; Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la CA de Cantabria; Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia.

hecho se convierte en fuente tanto de reconocimiento de derechos como de regulación tendencialmente asimiladora al matrimonio⁸.

1.2 Análisis de la legislación balear de parejas de hecho:

Tras observar cual es la situación jurídica actual de la figura de la pareja de hecho, debemos pasar ya, a abordar el caso concreto que nos ocupa, es decir, la validez o no de la pareja estable constituida entre Leticia y Felipe.

En primer lugar, para poder hacer referencia a la realidad legal de la pareja de hecho conformada por Leticia y Felipe, tenemos que remitirnos a la Ley 18/2001 de 19 de diciembre de 2001, de parejas estables, de las Islas Baleares⁹.

Estamos ante una Ley de poco articulado que cuenta con trece preceptos y disposiciones adicionales y finales. Asimismo, contiene una Exposición de motivos que fundamenta y explica las razones que llevan al legislador a la promulgación de esta norma. Además, y a modo de crítica, en la propia exposición de motivos se hace referencia a la falta de regulación a nivel nacional que existe sobre las parejas de hecho. En el Título I de la Ley se establece el ámbito de aplicación respetando siempre la autonomía de la voluntad¹⁰.

Dicha Ley, posee unas características definitorias, que la diferencian del resto de legislaciones autonómicas encargadas de regular esta materia, y que son las siguientes:

1. Medios de prueba para la acreditación de la pareja: La ley balear no recoge previsiones sobre la acreditación de la pareja estable.
2. Pactos administrativos prohibidos y admitidos: La pareja estable puede pactar válidamente sus relaciones personales y patrimoniales, e incluso la compensación económica por cese, en documento público o privado con observancia de la legalidad aplicable. Se prohíbe la constitución temporal o condicional de la pareja y se establece expresamente que los pactos no podrán perjudicar a terceros.
3. Régimen económico de la pareja y los efectos patrimoniales derivados de la convivencia: En Baleares, a falta de pacto, cada uno de los miembros de la pareja estable constituye proporcionalmente a sus recursos y/o con su trabajo al sustento de las cargas familiares (mantenimiento de la pareja e hijos, alimentos, conservación de la vivienda y bienes de uso común, atenciones médico-sanitarias). Sobre estos gastos por cargas familiares hay responsabilidad subsidiaria del otro miembro de la pareja. No obstante, cada miembro de la pareja conserva el dominio, el disfrute y la administración de sus bienes. La Ley establece expresamente la obligación prioritaria de prestarse alimentos entre la pareja estable.
4. Efectos personales de la convivencia en pareja de hecho: En la Ley balear existe una equiparación expresa de las parejas estables a los cónyuges en cuanto a tutela, curatela, incapacitación, ausencia legal y prodigalidad. Igualmente, se establece de manera expresa que la pareja puede pactar, en caso de cese, la

⁸ RODRÍGUEZ RUIZ, B.: “Matrimonio género y familia en la Constitución Española: trascendiendo la familia nuclear”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, enero-abril (2011), p. 95.

⁹ BOE núm. 14, de 16 de enero de 2002; en adelante Ley 18/2001.

¹⁰ SÁNCHEZ CALERO, F.J., (Coord.): *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de familia y sucesiones*, Cuarta Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 271.

- guarda y custodia y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos comunes, sin perjuicio de otro criterio judicial.
5. Efectos de la convivencia en pareja de hecho sobre la vivienda: En Baleares, en la ley balear únicamente, y de manera superflua se prevé el derecho de subrogación arrendaticia en los términos de la legislación sobre arrendamientos urbanos
 6. Las parejas de hecho ante el derecho público: Los miembros de una pareja estable sujetos al régimen estatutario o laboral de la Comunidad Autónoma se equiparan a los cónyuges dentro de la competencia autonómica. Además, los derechos y obligaciones establecidas para los cónyuges en el marco competencial autonómico se entienden igualmente aplicables a las parejas estables.
 7. Causas de extinción de la pareja de hecho: La unión de hecho se disuelve por las siguientes causas: de común acuerdo; por decisión unilateral notificada fehacientemente al otro; por cese de la convivencia durante más de un año, por matrimonio de cualquiera o por muerte o declaración de fallecimiento de cualquiera. Ambos están obligados, aunque sea por separado, a dejar sin efecto la declaración formal otorgada en su caso y, por lo general, quedan revocados los poderes que se hubiera otorgado entre ambos.
 8. Efectos patrimoniales derivados de la ruptura de la convivencia: En Baleares, la ruptura de la pareja estable puede provocar una doble obligación pecuniaria: una compensación económica por trabajo exclusivo o principal a favor de la familia o por contribuir (económicamente o con trabajo) a la adquisición, conservación o mejora de bienes comunes o privativos del otro, si se generase por la convivencia un desequilibrio patrimonial que implique enriquecimiento injusto. Debe pagarse en metálico, salvo pacto o autorización judicial a satisfacerlas con bienes, en el plazo de tres años, con los intereses legales oportunos. Y además una pensión periódica: por necesidad y si la convivencia significa una reducción de la capacidad de obtener ingresos. La pensión se extingue por matrimonio o convivencia marital del beneficiario o, por el transcurso de tres años (salvo cuidado a los hijos comunes, que será hasta su mayoría de edad o su emancipación, salvo incapacitación) y puede ser revisada (reducida o extinguida) en atención al desequilibrio que compensa. Ambas reclamaciones son compatibles si se reclaman conjuntamente y el plazo de acción es el de año desde la extinción de la pareja.
 9. Los efectos sucesorios derivados de la convivencia: Se prevé para la pareja estable el derecho de predetracción, esto es, el derecho a la propiedad de la ropa, el mobiliario y los enseres que constituyen el ajuar, excepto objetos artísticos o históricos, bienes de procedencia familiar y los de valor extraordinario para el nivel de vida de la pareja. Asimismo se introduce como cláusula general que el conviviente superviviente tiene los mismos derechos que correspondan al cónyuge viudo tanto en la sucesión testada como intestada.

Además, dicha legislación, aunque parte de la convivencia afectiva en pareja, exige la inscripción constitutiva en el Registro de Parejas Estables de Baleares, y sumisión expresa de ambos al régimen legal establecido. Este registro, se crea mediante el Decreto 112/2002, de 30 de agosto¹¹, que contiene todo lo relativo a su organización y

¹¹ Boletín Oficial de las Islas Baleares, número 108, fecha de publicación 07/09/2002.

gestión. Disponiendo el art. 1 en su apdo. 2, que la inscripción en este Registro es voluntaria y tiene carácter constitutivo. Para que la Ley 18/2001 sea aplicable a los miembros de la pareja, estos han de cumplir los requisitos y las formalidades que la Ley prevé y no deben estar bajo ninguno de los impedimentos previsto en la Ley que afecte a alguno de ellos o a su relación.

1.3 Validez legal de la pareja de hecho:

Una vez analizada a grandes rasgos cuales son las particularidades de la Ley 18/2001, debemos centrar nuestra atención en resolver la cuestión que se nos plantea acerca de si ciertamente la pareja de hecho formada por Leticia y Felipe es legal, o no.

En concreto, es el artículo 2 de la citada ley, titulado como “*Capacidad y requisitos personales*”, al que debemos atender para poder resolver la controversia a la que hacemos referencia en el párrafo anterior.

Según el apartado primero de este artículo, “*pueden constituir pareja estable a los efectos de esta Ley los mayores de edad y los menores emancipados*”. No obstante, no pueden constituir una unión estable:

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

Atendiendo a las causas de exclusión, podemos observar como no se cumple el apartado a), puesto que ni Leticia ni Felipe están ligados por ningún vínculo matrimonial a la hora de conformar la pareja de hecho. Además, ambos integrantes tampoco se encuentran en la situación descrita en el apartado b), pues no son parientes en línea recta.

Sin embargo, el apartado c), estipula que los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado no podrán constituir pareja estable; trayendo a colación el caso que nos ocupa, podemos comprobar como Felipe es sobrino de Leticia, lo que los convierte en parientes colaterales de tercer grado, cumpliéndose uno de los impedimentos para constituir una unión de hecho.

A tenor de lo expuesto en el párrafo anterior, podemos determinar que la inscripción como pareja estable llevada a cabo el 2 de agosto de 2014 entre Leticia y Felipe, es contraria a la Ley; por lo que esta unión no tendría validez legal de ningún tipo.

Por otra parte, el último impedimento recogido en el apartado d) tampoco se cumple, puesto que ambos no forman parte de una pareja estable anteriormente inscrita y formalizada.

La última exigencia para poder formar una pareja de hecho la encontramos en el párrafo segundo, donde se indica que “*Para poder acogerse a esta Ley, como mínimo uno de los dos miembros ha de tener la vecindad civil en las Illes Balears y se exige la sumisión expresa de ambos al régimen establecido por ésta*”.

Es importante profundizar en el requisito de la vecindad civil, pues sin éste, ni Felipe ni Leticia podrían constituirse como convivientes *more uxorio*¹² (obviando que no pueden conformarla como tal, por ser parientes colaterales de tercer grado).

Puesto que estamos haciendo referencia a la vecindad civil de las Islas Baleares, debemos atender al Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares¹³. En especial, hay destacar su artículo 2 apartado segundo, donde se establece que la vecindad se regulara por el Código Civil (en adelante CC) y demás disposiciones de aplicación general. Artículo, que por su parte tuvo que ser modificado tras la publicación de la STC 156/1993, de 6 de Mayo, en la que se declara la inconstitucional y consiguiente nulidad, del párrafo primero del mismo.

El Tribunal Constitucional dictaminó que la norma impugnada sustituía la vecindad civil por la residencia administrativa (empadronamiento) como criterio para la aplicación del Código Civil o de los Derechos civiles especiales o forales en las distintas partes del territorio nacional y a ignorar, con ello, que la residencia sólo da lugar a la adquisición de la vecindad civil con arreglo a lo establecido en el art. 14.5 del propio Código, esto es, por residencia durante dos o diez años, siempre y cuando el interesado, en el primer caso, manifieste su voluntad de cambiar de vecindad civil y se haga constar tal declaración en el Registro Civil.

Como bien señala el propio artículo anterior, debemos remitirnos a lo recogido en el CC para dilucidar si se cumple el requisito de la vecindad civil. En concreto, acudiremos al artículo 14, donde se recogen los criterios para determinar la vecindad civil, disponiendo dicho precepto en su apartado segundo que *“tienen vecindad civil en territorio de derecho común, o en uno de los de derecho especial o foral, los nacidos de padres que tengan tal vecindad. Por la adopción, el adoptado no emancipado adquiere la vecindad civil de los adoptantes.”*

La información aportada en el caso es limitada (no conocemos la vecindad civil de los padres de Felipe o Leticia), por lo que este criterio no nos permite determinar la vecindad de los miembros de la pareja.

El otro factor clave para adquirir la vecindad lo fija el apartado quinto del citado artículo, al establecer que la misma se adquiere por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad; o por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo.

Como ya hemos mencionado anteriormente, dada la limitación de información del caso, no es posible comprobar si Felipe ha vivido de manera continuada durante dos años en Mallorca, manifestando su voluntad de adquirir la vecindad, o si ha residido de forma continuada durante diez años.

Si ninguno de los casos anteriores se cumple, debemos acudir al lugar de nacimiento de Felipe, información de la que tampoco disponemos, así lo estipula el último apartado de este artículo. Por consiguiente, dado la información expuesta en el caso, no podemos concluir si se cumple el requisito de la vecindad civil.

¹² AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 56.

¹³ BOE núm. 120, de 2 de octubre de 1990; en adelante Decreto Legislativo 79/1990.

Lo que es seguro, es que nos encontramos ante una pareja de hecho que no cumple las exigencias del artículo 2 de la Ley 18/2001, al llevarse a cabo entre parientes colaterales de tercer grado.

1.4 Validez legal del matrimonio:

En lo concerniente al matrimonio entre Leticia y Felipe, nos vemos obligados a llevar a cabo un análisis similar al seguido para la unión extramatrimonial.

Puesto que la vecindad civil de Felipe es la de Mallorca, lo primero que debemos hacer es acudir al Decreto Legislativo 79/1990 y cerciorarnos de si existe regulación matrimonial alguna, que pueda determinar la regulación aplicable al caso y determinar la situación legal del matrimonio.

Tras analizar dicho decreto y comprobar que no contiene regulación e información alguna con respecto al matrimonio (salvo lo referente al régimen económico) hay que remitirse al Derecho Común y en concreto al CC, que contiene lo relativo a ordenación matrimonial.

1.4.1 Causas de nulidad de matrimonio:

Es pues, el artículo 73 del CC, que se encarga de recoger las causas de nulidad matrimonial, disponiendo, que, es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración:

- 1.º El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial.
- 2.º El matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48.
- 3.º El que se contraiga sin la intervención del Juez de Paz, Alcalde o Concejal, Secretario judicial, Notario o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos.
- 4.º El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento.
- 5.º El contraído por coacción o miedo grave.

Atendiendo a los datos que se nos presentan en el caso, podemos afirmar que no se cumplen la causas de nulidad indicadas en los apartados 1º,3º,4º del artículo 73 CC, pues ambos contrayentes prestan su consentimiento libremente (requisito 1º), tiene lugar ante la alcaldesa de Barcelona (requisito 3º), y no se celebra por error (requisito 4º). En cambio, no podemos decir lo mismo de los apdos. 2º y 5º, pues en ambos se aprecian causas de nulidad aplicables al caso.

La existencia en el matrimonio de una causa de nulidad provoca la nulidad radical del mismo, que tendrá que ser declarada por una sentencia judicial (hasta entonces es posible que exista una apariencia de matrimonio). Sin embargo, el CC permite que algunos matrimonios en los que concurre una causa de nulidad puedan ser convalidados. La convalidación implica que el matrimonio deviene valido desde su celebración.

Por una parte, el apartado 2º del citado artículo, nos remite al artículo 47 del CC, el cual en su apartado 2º establece que no pueden contraer matrimonio entre sí los parientes

colaterales por consanguinidad de tercer grado; situación ante la que nos encontramos en este caso, pues Leticia y Felipe son tía y sobrino, o lo que es lo mismo, parientes colaterales por consanguinidad de tercer grado. Debemos entender lo mismo que si se tratase de parientes por adopción, ya que se igualan los efectos del parentesco de sangre y del adoptivo¹⁴.

1.4.2 La dispensa matrimonial:

De nuevo nos encontramos ante la misma situación que en la unión de hecho, pues en ambos casos no puede formarse el vínculo afectivo si los dos integrantes son parientes colaterales por consanguinidad de tercer grado. No obstante, la unión en matrimonio posee una peculiaridad, que abre una posible vía para que dicho enlace entre parientes tenga validez legal.

Por consiguiente, se admite la convalidación del matrimonio en el momento en que éste es contraído por personas afectadas por algún impedimento dispensable, cuando se obtiene la dispensa después de la celebración del matrimonio. Situación regulada en el artículo 48 del CC, el cual señala que *“el Juez podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, mediante resolución previa dictada en expediente de jurisdicción voluntaria, los impedimentos de muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal y de parentesco de grado tercero entre colaterales. La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes.”*

Esta dispensa posterior convalidará retroactivamente el matrimonio. Para que pueda producirse, debe ser solicitada por cualquiera de los contrayentes, antes de que se haya solicitado judicialmente la nulidad del matrimonio por alguno de los legitimados¹⁵ (artículo 74 CC).

No hay límite de tiempo para solicitar y, en su caso, obtener esa dispensa después de celebrado el matrimonio; pero la convalidación del matrimonio solo tendrá lugar en tanto no haya recaído sentencia firme de nulidad, que no podrá ser declarada a no ser que, antes de obtenerse la dispensa, la acción hubiera sido ya ejercitada por uno de los cónyuges¹⁶.

La convalidación, puede darse incluso iniciado el proceso de nulidad matrimonial y hacerse valer en él, siempre que no haya recaído sentencia firme (y, en el caso de la dispensa ulterior, que no sea uno de los cónyuges quien haya ejercitado la acción), porque tal proceso se decidirá tal y como se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento (artículo 752.1 LEC.) Es importante tener en cuenta que los cónyuges serán siempre parte en el proceso, sea como demandante y demandado o sean ambos como demandados.

¹⁴ ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho civil IV. Derecho de Familia*, Duodécima Edición, Madrid, 2013, p. 269.

¹⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: (Coord.), *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Segunda Edición, Bercal S.A., Madrid, 2013, p. 75.

¹⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: *Curso de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de Familia*, Colex, Majadahonda (Madrid), 2007, pp. 137-138.

Por otra parte, podemos apreciar en el relato de los hechos la existencia de una actitud coactiva o intimidatoria, que casa perfectamente con la causa de nulidad contenida en el art. 73 apartado 5 CC (coacción o miedo grave). En concreto nos referimos al momento en que Leticia se dirige a Felipe en los siguientes términos: “O te casas conmigo o me llevo a Antonio”.

Asimismo, la amenaza por parte de Leticia a Felipe, con la que lo advierte de que si no se casan se llevará a su hijo Antonio, podría encajar en el supuesto de amenaza o miedo grave al que se hace referencia en el párrafo anterior. Pues, no nos olvidemos que es el propio relato de los hechos el que califica esta advertencia como el factor decisivo para que ambos dejen de formar una pareja de hecho y se unan en matrimonio.

Sin embargo, aun probando que la amenaza fue el motivo que llevo a Felipe a contraer matrimonio con Leticia, no debemos olvidar que el matrimonio contraído por miedo grave o amenaza puede ser convalidado cuando los cónyuges hayan convivido un año juntos tras haberse producido la amenaza o miedo grave. Circunstancia que tiene lugar en el presente caso, dado que la pareja contrae matrimonio el 25 de mayo de 2015 y conviven juntos al menos hasta el 26 de junio de 2016 (última fecha conocida). Por ello, si la nulidad fuese alegada, se vería rechazada, puesto que el transcurso de un año ha convalidado el matrimonio.

Tampoco sabemos si el matrimonio ha sido inscrito en el Registro Civil, circunstancia que no es obligatoria, pero sí de gran importancia, pues el pleno reconocimiento de los efectos civiles de aquel depende de su inscripción en el Registro Civil (art. 61 CC).

Conclusión:

En conclusión, podemos afirmar que la pareja de hecho formada por Felipe y Leticia nunca ha sido válida legalmente al no cumplir con los requisitos del artículo 2 de la Ley 18/2001. Por otro lado, no podemos determinar la validez legal del matrimonio contraído entre ambos, pues si bien es cierto que se produce una causa de nulidad matrimonial (art. 73.2 CC), esta puede ser dispensada (art. 48 CC), circunstancia de la que no tenemos constancia de si ha tenido lugar, lo que no nos permite llegar a una conclusión clara. Igualmente, tiene lugar otra causa de nulidad matrimonial contenida en el art. 73.5 CC (matrimonio celebrado mediando coacción o miedo grave), de la que si podemos garantizar, que no interviene a la hora de declarar o no la legalidad del matrimonio, ya que ha pasado más de un año desde la celebración del mismo, y este criterio ya no se podría tener en cuenta para determinar la validez de aquel.

2. La adopción de Antonio ¿fue válida?

En lo concerniente a la adopción de Antonio por Felipe, para determinar o no su validez legal, debemos examinar si existe una regulación autonómica propia de las Islas Baleares en materia de adopción. En el caso de que dicha materia no esté regulada, nos remitiremos al Derecho Común, es decir, al CC.

Tras analizar la normativa autonómica de las Islas Baleares que regula la adopción, es decir, el Decreto 40/2006, de 21 de abril, por el cual se regulan los procedimientos de acogimiento familiar, de adopción y de determinación de idoneidad¹⁷, nos encontramos con que en dicha norma sólo se aborda lo relativo a la gestión de los procedimientos de adopción y la elaboración de las propuestas previas; siendo inútil el contenido normativo recogido para poder discernir si estamos ante una adopción legal o no.

En consecuencia, es necesario remitirse al CC, y en concreto a la Sección Segunda del Capítulo V, que contiene todo lo relativo a la adopción. El art. 175 del CC, en su apdo. primero dispone que la adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. Si son dos los adoptantes bastará con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, la diferencia de edad entre adoptante y adoptado será de, al menos, dieciséis años y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años salvo en los casos previstos en el artículo 176.2 CC.

Lo que equivale a afirmar que, en caso de adopción conjunta por una pareja, los dos miembros deben tener en el momento de la adopción dicha diferencia de edad con el adoptado¹⁸.

Cuando fueran dos los adoptantes, será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando. Si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior.

2.1 El requisito de la edad:

A raíz de lo establecido en párrafos anteriores, podemos comprobar como las condiciones de la adopción están íntimamente relacionadas con la edad tanto del adoptante como del adoptado. En el caso que nos ocupa contemplamos como Felipe con veintiséis años, cumple tanto el requisito de los veinticinco años de edad mínima para adoptar, como el de la edad máxima fijado en 45 años.

Este requisito de la edad máxima se presenta como novedoso tras la publicación de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁹. Su objetivo, dice el Preámbulo es evitar que las discrepancias que existen en la normativa autonómica sobre edades máximas en la idoneidad, provoquen distorsiones no deseables.

Por otro lado, observando la obligación de la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, nos damos cuenta de que ésta, no se cumple, puesto que entre Felipe (26

¹⁷ Boletín Oficial de las Islas Baleares, número 62, fecha de Publicación 29/04/2006.

¹⁸ LASARTE, C.: *Derecho de familia. Principios de derecho civil*, Tomo sexto, Decimoquinta Edición, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 328.

¹⁹ BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015; en adelante LPIA.

años) y Antonio (13 años) existe una diferencia de edad de 13 años, cuando el mínimo exigido según el art. 175 CC es de 16 años.

En referencia a la diferencia de edad, que es presupuesto fundamental para determinar la validez de la adopción del supuesto que nos ocupa, es importante comentar que desde la redacción originaria del Código, que la fijó en 15 años, nuestro Código Civil ha exigido siempre una diferencia de edad mínima entre adoptante y adoptado²⁰. Lo que ha ido variando ha sido la cuantía: la Ley de 24 de abril de 1958²¹ la elevó a 18 años, la Ley 7/1970, de 4 de julio²² la bajó a 16, y con la LO 1/1996, de 15 de enero²³ la redujo a 14. Ahora, con la entrada en vigor de la LPIA, que altera el contenido del art. 175 CC, se vuelve a los 16 años, siendo ésta la diferencia mínima de edad que fija el Convenio europeo en materia de adopción de menores (revisado) hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008²⁴. Al fijar esta diferencia de edad mínima se pretende hacer semejante la adopción a la filiación biológica.

A tenor de lo expuesto anteriormente, podría parecer que aquellos casos en los que no se cumple la diferencia de edad mínima de 16 años, carecen de validez legal, pero esto no es así. Pues del mismo modo que el art. 175 CC recoge el requisito de la edad mínima, también contempla una serie de excepciones a la misma, remitiéndonos al art. 176.2 CC que dispone lo siguiente:

Para iniciar el expediente de adopción será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad Pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta.

No obstante, no se requerirá tal propuesta cuando en el adoptando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.^a Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.
- 2.^a Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal.
- 3.^a Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo.
- 4.^a Ser mayor de edad o menor emancipado.

Por consiguiente, y a tenor literal de lo señalado en el art. 176.2 CC, podemos afirmar que no es precisa esa diferencia mínima de edad entre adoptante y adoptado en los casos previstos en que no se requiere la propuesta previa de adopción de la Entidad Pública: adopción del pariente huérfano del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad, adopción del hijo del cónyuge o de la pareja de hecho, cuando el menor lleva más de un año en guarda con fines de adopción o ha estado bajo la tutela del adoptante por el mismo tiempo y cuando el adoptado es mayor de edad o menor emancipado.

²⁰ VV.AA., “*Recientes reformas legislativas en materia de capacidad para adoptar y ser adoptado*”, Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 ter, diciembre 2015, p. 216.

²¹ BOE núm. 99, de 25 de abril de 1958.

²² BOE núm. 161, de 7 de julio de 1970.

²³ BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

²⁴ BOE núm. 167, de 13 de julio de 2011, en adelante Convenio Europeo de menores.

Es decir, si la adopción en el supuesto de hecho hubiese tenido lugar en 2015, a pesar de que entre Felipe (adoptante) y Antonio (adoptando) exista una diferencia de edad de 13 años y el mínimo legal establecido en el art. 175 CC sea de 16 años, podría tener lugar una de las excepciones contempladas en el art. 176.2 del CC, según la cual si el adoptando (Antonio) es hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal (caso que nos ocupa) no es preciso que se cumpla el requisito de la edad mínima. Condición que solo cabría tener en cuenta si la pareja de hecho fuese válida (que no lo es) o si el matrimonio hubiese solicitado la dispensa (que no lo sabemos). En caso de que se diese alguna de tales circunstancias, si podríamos afirmar que la adopción del supuesto de hecho es válida.

A pesar de todo esto, no podemos olvidar que la excepción a la diferencia de edad en el caso del hijo de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal ha sido introducida con la publicación de la LPIA (2015). Es decir, casi un año después (2014) de que se iniciasen los trámites de adopción de Antonio y la posterior concesión de la misma.

Independientemente de que con la regulación actual si podríamos validar el proceso de adopción, nosotros debemos ceñirnos a la regulación del momento en el cual se llevó a cabo dicho proceso; y es por eso, por lo que debemos afirmar que la adopción tramitada por Felipe no es válida, pues en el momento de la misma no existía la excepción mencionada, lo que provoca la invalidación del procedimiento.

Precisamente, con esta nueva regulación se acoge la previsión del Convenio Europeo de menores, de permitir prescindir de la edad mínima para adoptar en los casos de adopción del hijo del cónyuge o de la pareja de hecho y en otras circunstancias excepcionales (art. 8 del Convenio), que en nuestra legislación se han concretado en las del art. 176.2 CC.

2.2 La importancia de la LPIA:

Podemos comprobar, como la LPIA, juega un papel clave en la adopción, pues es la que posibilita la aparición de las excepciones a la diferencia de edad mínima entre adoptante y adoptado; estableciendo la posibilidad de acabar con la exigencia de este requisito para todos los supuestos de adopción. Particularidad, que con la regulación y legislación anterior no se contemplaba, pero que ya era demandada por diversos autores²⁵.

Hay que tener en cuenta que se trata de un requisito que a diferencia de la edad mínima no se supera con el paso del tiempo²⁶, de ahí su vital importancia.

Igualmente, y como curiosidad, debemos precisar que es la reforma llevada a cabo por dicha ley, la que incorpora por primera vez, la previsión el art. 175 CC de la adopción por parejas de hecho. Pues la redacción anterior a la LPIA del art. 176.2.2.º CC

²⁵ MALO, F.: *Glosa al requisito de la diferencia de dieciséis años entre adoptante y adoptado*, RCDI, 1981, pp. 72-81. Situación que ya se preveía hace más 30 años, donde autores como MALO, F., ya defendían la idea de que: “*La diferencia mínima de edad entre adoptante y adoptado es un requisito para el cual la ley no contempla ninguna excepción, si bien sería conveniente prever la posibilidad de flexibilizar excepcionalmente su exigencia, en el supuesto de la adopción del hijo del cónyuge o del hijo de la pareja y en cualquier otro que pudiera constituir el único impedimento para establecer una adopción conveniente para el adoptado*”

²⁶ GARRIGA GORINA, M.: *La adopción y el Derecho a Conocer la Filiación de Origen*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 27.

estipulaba que “... para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública ... No obstante, no se requiere propuesta cuando en el adoptando concurre alguna de las circunstancias siguientes: ... ser hijo del consorte del adoptante...” Debemos apreciar como el tenor legal no emplea el término “cónyuge” (D.A 3.^a de la Ley 21/1987), sino el de “consorte”. Pues bien, de la redacción del anterior precepto surgía la duda de si en el término “consorte” tienen cabida las uniones de hecho²⁷.

Esta cuestión, fue en su momento objeto de algunos pronunciamientos dictados por distintas Audiencias Provinciales con resultados dispares. Por un lado, un AAP de Santa Cruz de Tenerife, de 3 de abril de 1998, exigía el matrimonio al entender que el significado general del término “consorte” es el del marido o mujer en su condición de miembros integrantes del instituto matrimonial, no siendo suficiente la mera unión de hecho. Por otro lado, y en sentido opuesto al anterior, el AAP de Madrid de 1 de Julio de 1997, defendía la total equiparación entre los “consortes” y las uniones de hecho, al considerar procedente la aplicación analógica de lo previsto en la causa segunda del art. 176.2 CC a los supuestos de convivencia “more uxorio”, en base a los principios constitucionales de igualdad (art. 14 CE) y la tutela y protección a la familia (art. 39 CE) por lo que se impide otorgar un trato desigual o discriminatorio a las unidades familiares según éstas se asienten en la previa existencia o no de vínculo jurídico matrimonial.

Por lo tanto, podemos apreciar como esta Ley novedosa y rompedora con los esquemas tradicionales, no solo es pionera en lo que a acabar con el requisito de la diferencia de edad mínima entre adoptante y adoptando se refiere, sino que también lo ha sido en la consecución de la plena igualdad entre cónyuges y personas unidas en una relación de afectividad análoga a la conyugal a la hora de iniciar un proceso de adopción.

2.3 Mantenimiento de los vínculos familiares:

La adopción comporta paralelamente a la integración en la familia adoptiva, la extinción de los vínculos del adoptado con la familia anterior, excepto con sus propios descendientes. A pesar de ello, existen dos supuestos enumerados en el art. 178.2 CC según los cuales subsisten los vínculos jurídicos con la familia de origen.

Dichos casos son:

1. Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, aunque el consorte o la pareja hubiera fallecido.
2. Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiera sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir.

Dado que Leticia y Felipe ya formaban una pareja de hecho en el momento de la adopción de Antonio, se mantienen los vínculos jurídicos entre este y su madre a pesar de ser adoptado por Felipe.

²⁷ PÉREZ UREÑA, A.A.: *Normativa sobre las uniones de hecho. Cuestiones candentes*, Edisofer, S.L. Madrid, 2002, pp. 178-179.

2.4 El proceso de adopción:

En relación al proceso de adopción, nos encontramos con dos peculiaridades, pues por un lado, el adoptando que tiene más de 12 años (tiene 13), tiene que consentir la adopción; y por otro, al ser el adoptante pareja de uno de los progenitores del menor el solicitante de la adopción, implica que para la correcta tramitación del procedimiento de adopción sea necesario el asentimiento de dicho progenitor (Leticia).

Esto, así lo estipula el art. 177 CC, ya que en su apdo. primero, señala que habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años.

Por otro lado, es, en su apartado segundo, inciso primero, donde dispone que deberá asentir a la adopción el cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal salvo que medie separación o divorcio legal o ruptura de la pareja que conste fehacientemente, excepto en los supuestos en los que la adopción se vaya a formalizar de forma conjunta.

Es el art. 781 LEC, el que regula este proceso de asentimiento por parte del cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, y que además, ha sido objeto de modificación tras la publicación de la LPIA.

El Preámbulo de la citada ley, recuerda con relación a la transformación sufrida por el art. 781 LEC, que se concentran en un solo procedimiento los supuestos en los que durante la tramitación del expediente de adopción los progenitores del adoptando pretendieran que se les reconociera la necesidad de otorgar su asentimiento a la adopción, con la finalidad de dar unidad de actuación a tales pretensiones, lo que repercutirá en una agilización del procedimiento.

Asimismo, se reconoce expresamente que el órgano que esté conociendo del expediente de adopción será el competente para conocer de la demanda en que se pretenda que se reconozca la necesidad de asentir por los actores la adopción y la expresa consecuencia de no interponer la demanda en el plazo de quince días: el alzamiento de la suspensión del expediente de adopción que continuará su tramitación de acuerdo a la legislación de jurisdicción voluntaria. Por último, se regulan de forma más pormenorizada los efectos de la resolución que estime la necesidad del asentamiento, recordando que el auto que termine el procedimiento será apelable con efectos suspensivos²⁸.

2.5 Conclusión:

Tras lo apuntado anteriormente, podemos confirmar que la adopción llevada a cabo por Felipe, no es válida, pues en el año 2014 (momento de la adopción) la legislación no preveía la excepción a la diferencia de edad, para aquellos casos en los que el adoptando (Antonio) sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal.

²⁸ ARSUAGA CORTÁZAR, J.: *La reforma del procedimiento civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 147.

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

Debemos partir de la base de que el matrimonio celebrado entre Felipe y Leticia no fue válido, pues ambos incurrieron en una de las causas de nulidad del matrimonio y no solicitaron la dispensa de ésta para poder validar el enlace. Por ello, no se podría solicitar el divorcio de un matrimonio que legalmente nunca ha existido a pesar de la apariencia de legitimidad que el mismo ha tenido.

No obstante, contemplemos un escenario diferente, donde el matrimonio celebrado entre Felipe y Leticia es totalmente válido. En dicho caso, Leticia, sí podría solicitar el divorcio y una pensión de alimentos a favor de sus hijos. Este último efecto, es un extremo que abordaremos más adelante, centrándonos ahora en el divorcio.

3.1 Divorcio:

Por su parte, el divorcio, es la institución legal que permite la disolución del matrimonio en vida de ambos cónyuges. A diferencia de la separación, el divorcio extingue el vínculo, por lo que los antiguos cónyuges quedan liberados para contraer nuevo matrimonio. El divorcio solo puede tener lugar por sentencia que así lo declare (art. 89 CC); no cabe por tanto, un divorcio de hecho.

Es importante destacar el papel que ha jugado la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio²⁹, que amplió el ámbito de libertad de los cónyuges a la hora de solicitar la separación o pedir la disolución de la relación matrimonial. Con la entrada en vigor de esta ley desaparece la exigencia de que deba demostrarse causa alguna para pedir la separación o para solicitar el divorcio.

La legislación anterior (Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio) imponía que tanto en la separación como en el divorcio cuando no existía mucho acuerdo, era necesario para su concesión que se acreditara la existencia de una causa de tal forma que no era posible acceder a la separación o al divorcio por la mera manifestación de la voluntad de una de las partes. (SAP Segovia 7/02/1995) Según lo mencionado en el párrafo anterior, esta situación cambia con la publicación de la Ley 15/2005, puesto que tal y como señala la propia exposición de motivos, la separación y el divorcio son dos opciones a las que las partes pueden acudir para solucionar las vicisitudes de su vida en común; sin más requisito que el de transcurso de 3 meses desde la celebración del matrimonio.

3.1.1 Tipos de divorcio:

Según el art. 86 CC, se decretará judicialmente el divorcio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el art. 81 CC.

²⁹ BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005; en adelante Ley 15/2005.

Como consecuencia de la remisión que el art. 86 CC hace al art. 81 CC, se deduce que los presupuestos del divorcio son los mismos que los de separación. Así, el divorcio puede ser de mutuo acuerdo o contencioso:

1. Es de mutuo acuerdo cuando se solicita por los dos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro. Es necesario además que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio y que se presente junto a la demanda, una propuesta del convenio regulador redactada conforme al art. 90 CC.
2. Por su parte, el divorcio es contencioso cuando solo lo solicita un cónyuge, o cuando, pidiéndolo los dos, no hay acuerdo sobre el contenido del convenio regulador. Al igual que en el caso anterior, es preciso que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, y que el cónyuge que la interponga acompañe con una petición de las medidas definitivas que han de regular los efectos del divorcio. Asimismo, no es necesario que transcurran los tres meses citados cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio (art. 81.2 CC).

Es de suponer, que el divorcio contencioso sería ante el que nos encontraríamos en el caso de Leticia y Felipe, pudiendo comprobar como la legislación prevé que aunque no hayan transcurridos los tres meses necesarios para solicitarlo, el cónyuge pueda pedirlo si considera que corre peligro su integridad física y moral – circunstancia ante la que se encuentra Leticia- o si aprecia que está afectado por alguna otra medida recogida en el art. 81.2 CC que permitiría también acudir a la vía contenciosa.

Ahora bien, a la hora de iniciar el procedimiento de divorcio, conviene distinguir si estamos ante un divorcio de mutuo acuerdo, un divorcio contencioso ordinario o si es un divorcio condicionado por la violencia de género ejercida por uno de los cónyuges sobre el otro. En el caso de los dos primeros supuestos, debemos remitirnos al procedimiento recogido en el art. 777 LEC que se ocupa de las demandas del divorcio que se presenten de acuerdo por los dos cónyuges o por uno con el conocimiento del otro (divorcio de mutuo acuerdo); y al contemplado en art. 770 LEC que aborda lo tocante al resto de las demandas de divorcio (divorcio contencioso).

3.1.2 Especial referencia al divorcio en procesos de violencia de género:

En lo tocante al divorcio condicionado por la violencia de género, el procedimiento a seguir es bien distinto a los estipulados en los dos artículos anteriores. Pues, en este procedimiento caracterizado por la violencia en el ámbito familiar o doméstico quien inste una demanda de separación o divorcio, sin esperar el plazo de tres meses que menciona el art. 82.1 CC, debería acreditar haber presentado la oportuna denuncia o querrela por la existencia del delito que alega. De no ser así el juez que reciba la demanda, hará uso de las previsiones que contiene el art. 49 bis LEC.

Este art. 49 bis LEC dispone en su apartado primero que cuando un Juez, que esté conociendo en primera instancia de un procedimiento civil, tuviese noticia de la comisión de un acto de violencia de los definidos en el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género³⁰, que haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal o a una orden de

³⁰ BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004; en adelante Ley de Violencia de Género.

protección, tras verificar la concurrencia de los requisitos previstos en el párrafo tercero del art. 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial³¹, deberá inhibirse, remitiendo los autos en el estado en que se hallen al Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente, salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral.

Por su parte, su apartado segundo indica que cuando un Juez que esté conociendo de un procedimiento civil, tuviese noticia de la posible comisión de un acto de violencia de género, que no haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal, ni a dictar una orden de protección, tras verificar que concurren los requisitos del párrafo tercero del artículo 87 ter de la LOPJ, deberá inmediatamente citar a las partes a una comparecencia con el Ministerio Fiscal que se celebrará en las siguientes 24 horas a fin de que éste tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos acaecidos. Tras ella, el Fiscal, de manera inmediata, habrá de decidir si procede, en las 24 horas siguientes, a denunciar los actos de violencia de género o a solicitar orden de protección ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente. En el supuesto de que se interponga denuncia o se solicite la orden de protección, el Fiscal habrá de entregar copia de la denuncia o solicitud en el Tribunal, el cual continuará conociendo del asunto hasta que sea, en su caso, requerido de inhibición por el Juez de Violencia sobre la Mujer competente.

El resto de apartados de este art. 49 bis LEC contienen cuestiones también relativas a la pérdida de la competencia cuando se produzcan actos de violencia sobre la mujer.

Desde el punto de vista procesal y a los efectos que aquí interesan, la incidencia que en el ámbito civil tienen los actos de violencia ocurridos en la pareja, llevó a la creación mediante la publicación de la Ley de Violencia de Género, de un nuevo órgano judicial denominado juzgado de violencia sobre la mujer, que forma parte de la jurisdicción penal, pero claramente especializado dentro de dicho orden.

La nota característica de estos juzgados, es la de conocer los actos de violencia de los hombres sobre las mujeres, cuando esos actos se ejercen sobre éstas por quienes hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. El conocimiento por parte de los juzgados de violencia sobre la mujer de un procedimiento penal atrae para ellos los procedimientos civiles que puedan plantearse en relación con esa pareja.

Para que los Juzgados de Violencia sobre la mujer puedan conocer primero de un procedimiento penal y posteriormente de un procedimiento civil (en nuestro caso el divorcio) que afecte a las mismas partes hay que tener en cuenta lo recogido en el art. 1 de la Ley de Violencia de Género ya que en el mismo se define el objeto de la citada ley.

El actual marco normativo ha dado lugar a que dos tipos de juzgados de diferentes jurisdicciones puedan conocer de las demandas de separación y divorcio. El dato determinante para atribuir la competencia a un juzgado de primera instancia (juzgado de familia) o a un juzgado de violencia sobre la mujer radica en que exista algún acto de violencia que ejercido por el hombre contra la mujer reúna los requisitos señalados en el art. 44 de la Ley de Violencia de Género.

³¹ BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985.

Por tanto, los juzgados de violencia sobre la mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia para conocer del procedimiento civil de divorcio tal y como señala el art. 87 ter 2 de la LOPJ. Aunque no se menciona a los procedimientos sobre modificación de medidas, si bien estos pueden considerarse incluidos dentro del apartado d) del citado artículo (los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar). Eso sí, para poder conocer del divorcio deberán cumplirse los requisitos del art. 87 ter 3 de la LOPJ, que son los siguientes:

- a) Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo.
- b) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo.
- c) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.
- d) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.

3.1.3 La acción del divorcio:

En lo que concierne a la acción del divorcio, tiene legitimación para ejercerla los dos cónyuges. Estamos pues, ante una acción personalísima, con la salvedad de que si el cónyuge está incapacitado, puede ejercitar dicha acción su representante legal³². Existen dos causas numeradas en el art. 88 del CC, por las que se extingue la acción del divorcio; estas son: fallecimiento y reconciliación.

Tras la acción del divorcio, llega la sentencia constitutiva que produce un cambio en la situación, estado y orden de las cosas. Por tanto, no hay divorcio sin sentencia judicial que lo declare. Dicha actuación de disolución judicial está encomendada con exclusividad a los órganos jurisdiccionales. La sentencia de divorcio produce efectos desde su firmeza³³. Por lo tanto, afectará a las partes y a los terceros que la conozcan. Pero no será oponible a los terceros de buena fe sino desde su inscripción en el Registro Civil tal y como se desprende de la redacción del art. 89 CC.

El Tribunal comunicará de oficio la sentencia de divorcio al Registro Civil donde conste inscrito el matrimonio (suponemos que en Registro Civil de Barcelona que es donde se casaron).

Añadir, con relación al divorcio, que la sentencia produce unos determinados efectos:

1. La disolución del matrimonio.
2. Disolución del régimen económico matrimonial.
3. Las partes recuperan la capacidad para celebrar un nuevo matrimonio.
4. Desaparición de la presunción de paternidad matrimonial.
5. Posibilidad de revocar donaciones realizadas por razón del matrimonio.

3.1.4 Conclusión:

³² STS de 21 septiembre de 2011 [RJ 2011\6575].

³³ SSTs de 17 marzo de 2010 [RJ 2010\2403]; de 23 noviembre de 2012 [RJ 2012\566].

En conclusión, Leticia podría optar por un divorcio de mutuo acuerdo con Felipe, un divorcio contencioso, donde sería el juez el encargado de determinar cuáles son los efectos y medidas derivadas de dicho proceso o bien por recurrir al juzgado de violencia sobre la mujer que se encargaría de tramitar el divorcio así como de enjuiciar todo lo relativo a los malos tratos tanto físicos como psicológicos sufridos por Leticia a manos de Felipe.

3.2 Pensión de alimentos:

Dejando atrás lo relativo a los tipos de divorcio, procedimientos, demanda y sentencia e inscripción registral, es hora de centrarnos en el segundo punto a tratar en este caso, que es el hecho de si le corresponde a Antonio y a Lucía una pensión de alimentos.

La obligación de alimentos es una constante durante el matrimonio, pero cuando hay disolución o separación del mismo, se ha de especificar en qué cuantía ha de contribuir cada progenitor en los alimentos que precisan los hijos menores. El art. 93 exige que se especifique esta contribución en la sentencia de nulidad, separación o divorcio. Esta, es la función de la prestación de alimentos, que distingue en función de que los hijos sean menores o mayores de edad o emancipados³⁴.

De igual manera que el precepto anterior, el art. 110 CC señala la obligación del padre y de la madre, aunque no ostenten la patria potestad, de velar por los hijos menores y de prestarles alimentos (art. 110 CC).

3.2.1 Fijación de la pensión de alimentos:

La fijación de la pensión de un menor de edad parte de una presunción de necesidad y del deber ineludible de todo padre de proveer a sus hijos menores³⁵. Las circunstancias que afecten a los hijos serán distintas, estando en función de factores heterogéneos. No hay minoría, sino minorías y han de ser sopesadas las particularidades de cada menor a la hora de servir a su interés, que variarán en cada momento y lugar a lo largo de su vida.

La fórmula más utilizada para dar cumplimiento a esta obligación que pesa sobre los padres es satisfacer mensualmente una pensión actualizable previamente fijada por el juez, para cuya determinación, conforme al art. 146 CC, ya fueron calibradas las necesidades del hijo y el caudal o medios del progenitor³⁶. No obstante, cuando estos últimos no se aprecian con toda nitidez, o la situación económica que atraviesa el obligado experimenta altibajos, se recurre al sistema de porcentajes, que presenta el atractivo de conjugar diversos intereses.

En el caso de los menores de edad y a falta de acuerdo entre los cónyuges, en la sentencia el juez determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos (art. 93.1 CC).

Existen diversas posturas doctrinales a la hora de determinar cuál será el criterio a tener en cuenta para establecer la cuantía periódica a pagar por el deudor. Pues mientras que

³⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Bercal, S.A., Madrid, 2013, pp. 110-111.

³⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 120.

³⁶ Si los ingresos del padre son realmente insignificantes, habrá que jugar con este factor, en lugar de imponerle una obligación que está muy lejos de poder afrontar, con la evidencia de que ello estará abocado al incumplimiento (SAP de Cuenca de 17 mayo de 2000 [AC 2000\2555]).

por un lado cierta parte de la jurisprudencia apela al cálculo de los porcentajes³⁷ sobre cada una de las cantidades líquidas que, siendo conocidas, sean percibidas por el obligado en cada uno de los trabajos que vaya desempeñando; la otra parte de la jurisprudencia defiende que de no poder acreditar un determinado volumen de ingresos del deudor, la operatividad del sistema de porcentajes devendría nula, de ahí que esta parte de la doctrina muestre su preferencia por la imposición de una cantidad fija recordando que ni siquiera una situación de paro exime a los padres de su deber de satisfacer una pensión alimenticia a sus hijos, ya que esa inactividad y, por ende, la falta de retribuciones, puede anidar en una conducta voluntaria que el ordenamiento no ha de tutelara través de una supresión de la pensión.

La pensión alimenticia que puede consistir en dinero o en especie, es una obligación de mantenimiento de los padres respecto de los hijos. Por ello, el juez puede conceder alimentos a los hijos menores aunque el cónyuge no lo solicite. Hay que distinguirla por tanto, de los alimentos legales (arts. 142 y ss. CC), del contrato de alimentos (arts. 1791 y ss. CC), y también de la pensión compensatoria (art. 97 CC).

3.2.2 Cuantía y titulares de la pensión de alimentos:

En cuanto a su cuantía, los tribunales españoles aplican reiteradamente las normas sobre alimentos (arts. 142 y ss. CC). Por eso, su cuantía debe ser proporcional al caudal y medios de quien los da y las necesidades de quien los recibe. Al margen de esta contribución ordinaria, pueden surgir gastos extraordinarios para los hijos que deben ser sufragados por los dos progenitores en proporción a sus ingresos y posibilidades. La cuantía, dependerá también del sistema de guarda y custodia de los hijos, pues no es indiferente que los hijos vivan siempre con el cónyuge guardador (guarda exclusiva), o alternativamente con los dos cónyuges (guarda compartida). Los alimentos, deben prestarse por el cónyuge deudor, no desde la fecha de la sentencia, sino desde la interposición de la demanda³⁸.

Los titulares del derecho de alimentos del art. 93 CC son los hijos. Ahora bien, en caso de incumplimiento, por ser ellos menores de edad no podrán reclamarlos por sí mismos, sino que deberá hacerlo el cónyuge guardador con el que conviven, como representante. Por otra parte, el art. 93. I CC prevé que el juez pueda adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de la prestación alimenticia.

En todo caso, el Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, regulado por el Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos³⁹. La prestación alimenticia debe acomodarse a las circunstancias de cada momento (art. 93 I CC), por ello, podrá aumentarse o disminuirse la pensión alimenticia siempre que se haya producido un cambio sustancial en las circunstancias (art. 91 CC). El nacimiento de nuevos hijos fruto de una relación posterior no es, por sí sola, causa para modificar las pensiones de alimentos debidas a los hijos de la primera relación. Habrá que juzgar si la capacidad patrimonial del alimentante es suficiente para alimentar a todos sus hijos (los anteriores y los nuevos)⁴⁰.

³⁷ SAP de Valladolid de 14 julio 1995 [AC 1995\1304].

³⁸ STS de 14 junio de 2011 [RJ 2011\4527].

³⁹ BOE núm. 299, de 14 de diciembre de 2007.

⁴⁰ STS de 30 abril de 2013 [RJ 2013\4607].

Es importante matizar, que por alimentos se entiende todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable, así lo dispone el art. 142 CC.

Partiendo en suma, de la dependencia característica del menor, habrán de ser ponderadas las carencias o exigencias que cada hijo en particular presente. Lo que ofrece interés, de otro lado, para negar que fijándose cantidades distintas para cada uno de los hijos hayamos dispensado un trato discriminatorio⁴¹.

En este sentido, es de gran importancia aclaratoria la STS de 18 de mayo de 2001⁴² por la cual se interpuso un recurso con fundamento en que, habiéndosele señalado al demandado recurrido obligación alimenticia, pero en mayor cuantía, respecto de un hijo habido en su matrimonio anterior, el principio de igualdad se entendía vulnerado respecto del hijo extramatrimonial habido posteriormente con la actora, como quiera que la pensión que se le reconoció al hijo de ésta fue menor.

El Alto Tribunal negó que se hubiera incurrido en discriminación alguna por parte del tribunal sentenciador, desde el momento en que no se dispensó un trato desigual a quienes eran iguales, sino que fueron ponderadas las diversas circunstancias de los hijos, y, en función de aquellas, se fijó la pensión respectiva, que respondería a necesidades que no siendo coincidentes no generarían, en consecuencia, idéntica suma para ambos. Situación, que podría tener lugar en el supuesto ante el que nos encontramos, pues las circunstancias que rodean a Antonio y Laura como hijos de Felipe son totalmente distintas. Antonio, es un adolescente con 15 años (2016) y Laura es un bebe de pocos meses, por lo que ambos podrían percibir una pensión de alimentos por parte de Felipe con una cuantía distinta y sin embargo ser perfectamente válida, tal y como indica la STS comentada anteriormente.

Los alimentos debidos por un progenitor a sus hijos menores de edad podrán ser reclamados a través del proceso previsto en el artículo 748.4 LEC, que al ser una norma imperativa, excluye la tramitación de un juicio de alimentos. Aunque el precepto se introdujo para los hijos habidos de uniones extramatrimoniales rotas, cabe la posibilidad de que se acuda a este proceso entre cónyuges separados de hecho⁴³.

3.2.3 Conclusión:

Si a la nulidad del matrimonio le sumamos la falta de validez legal de la adopción de Antonio, sólo le correspondería a Lucía, hija biológica de Felipe, una pensión de alimentos a su favor.

Ahora bien, imaginemos que tanto el matrimonio celebrado entre Leticia y Felipe como la adopción de Antonio son válidos legalmente, en cuyo caso existiría una pensión de alimentos a favor tanto de Antonio como de Lucia.

⁴¹CABEZUELO ARENAS, A.L.: *Polémicas Judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la Pensión de Alimentos de los hijos tras la Separación y Divorcio (Art. 93 CC)*, Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2010, pp. 27-31.

⁴² STS de 18 mayo de 2001 [RJ 2001\6458].

⁴³ GUTIÉRREZ BERLINCHES, A.: *Los procesos de alimentos*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 326.

4. ¿A quién debe atribuírsele el uso de la vivienda?

Tras el divorcio de Felipe y Leticia, llega el momento de determinar a cuál de los cónyuges se le atribuirá el uso de la vivienda. La residencia familiar sita en Lugo es propiedad de Felipe, pero esto nada o poco importa a la hora de determinar quién será el beneficiario del uso de la misma.

La realidad que rodea al caso es que el matrimonio tiene al menos un hijo en común, que es Lucía, o dos en el caso de que consideremos legal la adopción de Antonio por Felipe. Además, Leticia depende económicamente de Felipe, pues en ningún momento del matrimonio se ha incorporado al mercado laboral, y como queda claro en la narración del caso, su labor era dedicarse por entero a la familia mientras que Felipe era quien “llevaba” el dinero a casa.

Por consiguiente, cuando se produce una situación de crisis matrimonial (en este caso divorcio) o en cualquiera de sus fases procedimentales la vivienda familiar⁴⁴ se protege, evitando su desmembramiento y conservando su uso, atribuyéndoselo a uno de los cónyuges según unos criterios establecidos en el art. 96 CC. Por vivienda familiar podemos entender la vivienda en la que los cónyuges cumplen su obligación de vivir juntos⁴⁵.

Esta protección se presenta como una medida de carácter asistencial; así, si existen hijos, la atribución del uso de la vivienda supone una contribución a las cargas causadas por la crisis; si no existen hijos supone un complemento a la pensión a la que el cónyuge usuario tuviera derecho. Dado que esta medida implica una limitación en el ejercicio de los derechos que se pudieran ostentar sobre los bienes que constituyen la vivienda familiar, y que la excepcionalidad de la misma tiene lugar por la protección de un interés mayor, cuando las circunstancias que la motivaron cesan, la atribución del uso puede cesar. Es decir, estamos frente a una medida temporal bien porque la sentencia establezca un plazo de tiempo para ella o bien porque como es más frecuente, no existiendo plazo, el mero cambio de circunstancias sea causa para su revisión⁴⁶.

El titular del derecho a usar la vivienda (cuando es atribuida al cónyuge no titular o cotitular) es el cónyuge exclusivamente y no el cónyuge y los hijos, o los hijos exclusivamente. Sin embargo, este derecho es un derecho *per relationem*, y su nacimiento viene determinado por la protección del interés de los hijos, menores o no; por lo que, cuando estas circunstancias varían por alcanzar la mayoría de edad y la independencia económica, el derecho cesa para el cónyuge titular del derecho a usar la vivienda. Situación, la de los hijos menores y mayores de edad que abordaremos más adelante.

⁴⁴ El Tribunal Supremo señala que “la vivienda familiar es un bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, cualquiera que sea el propietario” (STS 31 de diciembre de 1994 [RJ 1994\10330]). También considera que ésta es algo más que la propia vivienda y se viene a identificar con el concepto de “hogar familiar”, o lugar donde, habitualmente, la familia desarrolla su vida diaria (STS de 16 de diciembre de 1996 [RJ 1996\9020]).

⁴⁵ STS de 9 mayo de 2012 [RJ 2012\5137].

⁴⁶ CERVILLA GARZÓN, M.D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 37- 45.

Asimismo, es posible que el uso se atribuya a una tercera persona, siempre que esa persona sea a la que haya quedado encomendada la guarda y custodia de los hijos.

Antes de profundizar en las formas y los criterios a tener en cuenta para la atribución de la vivienda familiar, es imprescindible indicar la diferencia entre el concepto de domicilio conyugal y la vivienda familiar. Pues mientras que el domicilio conyugal cumple una función de localización e identificación del matrimonio, la vivienda familiar es un objeto patrimonial susceptible de posesión y titularidad⁴⁷. Únicamente se podría admitir, como precisión terminológica, que el domicilio conyugal deja de existir cuando se produce la ruptura matrimonial (al no vivir los dos cónyuges ya en el mismo), mientras que esa ruptura no implica la desaparición de lo que debe entenderse por vivienda familiar, pues la misma sigue existiendo aunque en ella no resida uno de los cónyuges. Efectivamente, si se produce la ruptura matrimonial, se puede seguir hablando de vivienda familiar, en tanto en cuanto se debe decidir a cuál de los cónyuges se atribuye su uso.

4.1 Formas de distribución de la vivienda:

La vivienda familiar⁴⁸ se puede atribuir de tres formas diferentes:

1. La atribución del uso de la vivienda familiar debe acordarse entre los cónyuges que optan por solventar su crisis matrimonial bajo la fórmula del mutuo acuerdo. En este sentido, el art. 90 apdo. 1b del CC, dispone que el convenio regulador deberá contener lo relativo a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar constituyendo parte del contenido mínimo u obligatorio de todo convenio regulador; de tal suerte que, de no contener manifestación alguna sobre dichos extremos, no podría aprobarse como tal. No obstante, la libertad de pacto no es absoluta, ya que el juez no aprobará un convenio que contuviese medidas perjudiciales para los hijos o para alguno de los cónyuges (art. 90 apartado 2 CC).
Si no existe acuerdo y los cónyuges acuden a un procedimiento contencioso, podrá acordarse la atribución del uso de la vivienda familiar en cualquiera de las fases del mismo.
2. Dentro de las medidas provisionales que deberá adoptar el juez, una vez admitida la demanda, se encuentra determinar teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar, y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como de las medidas cautelares para conservar el derecho de cada uno.
3. La sentencia que ponga fin a la crisis deberá manifestarse sobre el uso de la vivienda familiar, según los criterios contenidos en el art. 96 CC.

4.2 Criterios de distribución de la vivienda:

⁴⁷ DEL PINO ESPINOSA BALGUERÍAS, M.: “La atribución del uso y disfrute de la vivienda conyugal tras la ruptura matrimonial”, p. 6.

⁴⁸ El Tribunal Supremo se ha pronunciado señalando que “la vivienda familiar es un “bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, cualquiera que sea el propietario” (STS de 31 diciembre de 1994 [RJ 1994\10330]). La vivienda familiar es algo más que la propia vivienda y se viene a identificar con el concepto de “hogar familiar”, o lugar donde, habitualmente, la familia desarrolla su vida diaria (STS de 16 diciembre de 1996 [RJ 1996\9020]).

Una vez que tenemos claro las distintas formas de atribución del uso de vivienda, tenemos que analizar cuáles son los criterios a tener en cuenta para poder llevar a cabo dicha atribución. Para ello, nos remitimos al art. 96 CC que contiene los criterios empleados por el juez a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar a alguno de los cónyuges en cualquiera de las fases procedimentales. Es por tanto, clara su aplicación en la fase definitiva producida por la sentencia, también en las medidas provisionales, así como para la petición y acuerdo por el juez de las medidas previas.

Dicho artículo establece que:

1. *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.* Es decir, si existen hijos menores de edad o incapacitados⁴⁹ y todos ellos están bajo la custodia de un solo cónyuge, la vivienda se atribuye a los hijos en aplicación del principio del “*favor filii*”⁵⁰. Esta regla se aplica con independencia del régimen económico matrimonial y de la forma de titularidad sobre la vivienda acordada por los cónyuges propietarios.⁵¹
2. *Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.*
3. *No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.*
4. *Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.* Este extremo del art. 96 CC, impide al cónyuge titular de la vivienda, disponer de ella por su sola voluntad, exigiendo el consentimiento de los dos cónyuges o, en su caso, de autorización judicial. Si no es así, el cónyuge no titular dispone de la acción de anulabilidad (art. 1322 apdo. primero CC).

La aplicación del primer criterio se presenta como automática⁵², en aquellos casos en los que un cónyuge tiene la custodia de los hijos menores, atribuyéndose a estos el uso de la vivienda familiar. Sin embargo, la atribución automática no opera cuando los hijos no precisan de la vivienda familiar por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otra vivienda de los progenitores⁵³; y cuando la vivienda no tenga el carácter de familiar⁵⁴.

Asimismo, tras la lectura de estos cuatro párrafos que conforman el art. 96 CC, podemos ver como el caso actual que analizamos se corresponde con el supuesto expuesto en el párrafo primero de dicho artículo. Es decir, será Leticia, la que junto con sus hijos Lucía y Antonio gocen del uso de la vivienda aunque la titularidad de la misma le corresponda a Felipe. Es de suponer que no existe ni existirá un acuerdo de

⁴⁹ STS de 30 mayo de 2012 [RJ 2012\6547].

⁵⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): “*Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*”, op. cit., p. 114.

⁵¹ STS de 21 mayo de 2012 [RJ 2012\6532].

⁵² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): “*Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*”, op. cit., p. 115.

⁵³ STS de 5 noviembre de 2012 [RJ 2012\10135].

⁵⁴ STS de 23 enero de 2017 [RJ 2017\629].

atribución, por lo que el CC es claro al indicar en dicho art. que el uso de la vivienda le corresponde a Leticia, como encargada de la guarda y custodia de los menores.

La propia redacción del art. 96 es clara, dejando entrever que la clave para fijar los criterios de atribución de la vivienda depende en mayor medida de la existencia de hijos, y de quien sea el cónyuge que ostente su guarda y custodia.

Particularidad la de los descendientes, que durante años estuvo expuesta a intenso debate entre doctrina y jurisprudencia, discutiendo sobre la interpretación que debía hacerse del primer párrafo del citado artículo, y en concreto a lo que se debía entender por “hijos”. Pues, mientras que la primera sostenía que el término “hijos” abarca tanto a los menores como los mayores de edad, dado que la atribución se fundamenta en ser una modalidad de satisfacción del derecho de alimentos de los hijos, que en consecuencia puede persistir tras la mayoría de edad; la segunda por el contrario defendía la idea de que solo los hijos menores pueden ser beneficiarios del art. 96 CC, en el sentido de que la medida se justifica únicamente en ser un instrumento necesario para garantizar la continuidad de los menores en el ambiente en el que han crecido y se han educado.

Esta última tesis basaba su defensa en la idea de que es el entorno y ambiente en el que el menor desarrolla su vida lo que debe protegerse; y que el medio para la consecución de dicha protección es la atribución de la vivienda familiar al cónyuge que ostente la custodia del menor.

A pesar de lo defendido por dicha corriente de pensamiento, ha quedado claro, y así lo respalda numerosa jurisprudencia⁵⁵, que la atribución del uso de la vivienda familiar constituye una prestación de carácter alimenticio; y que en consecuencia, la inclusión de los hijos mayores de edad sin independencia económica, como sujetos especialmente protegidos no ofrece ninguna duda.

Lo que también es innegable, es la imperiosa necesidad que ha de hacerse de la defensa del ambiente y del entorno social que rodea a los menores, y que puede ser clave para la determinación de la concesión del uso de la vivienda. Pues, la inmediata ruptura de los padres, puede poner fin al sistema de vida al que el menor está acostumbrado, en la medida que el cónyuge al que le sea atribuida la guarda de los hijos no sea titular de un derecho que le permita el uso exclusivo de la vivienda familiar. En este caso, el abandono de la vivienda en la que la familia ha residido puede provocar el alejamiento de los pequeños de su entorno habitual, con la consiguiente incidencia negativa de ello en su estabilidad emocional y afectiva.

Esta posición de amparo del entorno del menor, es adoptada por muchos autores que consideran que el objetivo del párrafo primero del art. 96 responde a todas estas argumentaciones, salvaguardando el que podríamos considerar como principio de mantenimiento de los hijos menores en su ambiente habitual⁵⁶.

Es decir, la importancia de no alterar las condiciones en las que se desenvuelve la vida entera del menor, se sintetiza en el fundamento del mantenimiento de su *statu quo*⁵⁷. Fundamento, ampliamente utilizado por la jurisprudencia en cuanto a la medida de la

⁵⁵ SAP de Ciudad Real de 9 febrero de 1994 [AC 1994\339] y SAP de Madrid de 24 abril de 1998 [AC 1998\4461].

⁵⁶ SALAZAR BORT, S.: La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 46.

guarda y custodia, implica que, en atención al interés del menor, una situación previamente existente no debe ser modificada.

En el caso que nos ocupa tanto, tanto Lucía que es un bebe, como Antonio que es un adolescente de dieciséis años, son menores de edad, por lo que siguiendo la idea de la protección, debemos analizar cuál es la vinculación del menor con su entorno concreto. Análisis que responde a dos máximas, que son la influencia de la edad del menor y las circunstancias concurrentes que se puedan dar en cada supuesto.

En lo relativo a la influencia de la edad del menor, queda claro que en el caso de la menor de los dos hermanos, la existencia de lazos afectivos se supedita en todo momento a sus padres. Situación distinta, es la experimentada por el primogénito de dieciséis años, que se encuentra en una franja de edad en la que la escuela o centro educativo va cediendo su papel de principal punto de conexión de los menores, a favor de los grupos de adolescentes, que, al mismo tiempo, van ganando en exclusividad, haciéndose cada vez un poco más cerrados.

Es importante tener en cuenta que su adolescencia no ha sido fácil y ha estado marcada por continuas idas y venidas de un lugar a otro. Por ello, lo realmente determinante no va a ser la edad, sino la específica vinculación del menor con su ambiente; que por lo que sabemos no es fuerte, dado que apenas llevan 1 año viviendo en Lugo. Asimismo, la actitud de Antonio en su casa y en especial con su madre no es buena, produciéndose numerosas discusiones entre ambos.

A pesar del poco arraigo que quizás tiene Antonio hacia su nueva vida en Lugo, es tras el divorcio permaneciese en la vivienda familiar de Lugo junto a su madre y a su hermana, podría proporcionarle la estabilidad que no ha conseguido tener en dieciséis años, provocando a su vez una mejor adaptación al entorno, que repercutiría positivamente en su carácter y desarrollo tanto vital como emocional.

Como peculiaridad, puede suceder que no exista un interés especial del menor por habitar la vivienda familiar, siendo objeto de examen aquellos casos en los que el menor no conviva con los padres, o no lo haga normalmente por encontrarse internado por razones de estudios en una ciudad diferente, o vivir con los abuelos⁵⁸.

El argumento del ambiente y del entorno en el que viven los hijos, del cual venimos haciendo referencia en párrafos anteriores solo es aplicable a los menores de edad. Ya que existe la presunción de que el mayor de edad, posee la madurez y el entendimiento necesarios para comprender perfectamente qué está pasando, para asimilar sus consecuencias y para sobreponerse con cierto grado de entereza al estado de las cosas que lo rodea.

Sin embargo, tal y como se apuntaba antes, el hecho de que los hijos mayores de edad no estén afectados por el criterio del entorno y del ambiente, no implica que no sean también beneficiarios de la atribución del uso de vivienda.

Alcanzar la mayoría de edad no supone alcanzar la independencia económica, y de necesitarlos, pervivirá la obligación de alimento por sus progenitores, alimento que implica la morada, por lo que permanecer en el uso de la vivienda a pesar de ser mayor

⁵⁸ SALAZAR BORT, S.: *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, op. cit., p. 58.

de edad⁵⁹, es la forma más lógica de satisfacerlo. Es más, se entiende que el principio *favor filii* pudiera determinar la atribución del uso de la vivienda al cónyuge que se queda conviviendo con los hijos mayores de edad pero dependientes; ahora bien, para que ello fuera operativo, sería necesario acreditar la situación de dependencia económica, y que la atribución de uso al cónyuge bajo cuya compañía queden estos hijos mayores se hace en concepto de los alimentos debidos y mientras éstos se deban, conforme el art. 93.2 CC.

Por ello, es necesario valorar todas y cada una de las circunstancias del caso (no solo la edad) para descubrir el grado de vinculación del menor con el entorno. Con el fin de cumplir dicho objetivo, podrán utilizarse todos los medios disponibles, desde la audiencia a los menores si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años, hasta la ayuda de peritos, especialistas⁶⁰.

Es importante mencionar, que en aquellos casos en los que no existen hijos comunes (no es el caso que nos concierne) el propio art. 96 CC en su apartado tercero deja abierta la posibilidad de la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no titular o cotitular siempre que su interés sea el más necesitado de protección. No obstante, el CC, más cauto en este punto y dado lo excepcional que supone privar del uso de unos bienes a un sujeto titular, justificado no ya en la protección de los hijos, sino en que el otro cónyuge al que ya no le une ni lazos de afectividad, ni siquiera lazo conyugal alguno (nulidad, divorcio), presente un interés más digno de protección que el del propio titular, precisa que dicha medida podrá tomarse por el tiempo que prudencialmente se fije en la sentencia. Por el contrario, este artículo termina su redacción en su apartado cuarto, cerrando la posibilidad de conceder el uso de la vivienda al cónyuge no titular en el supuesto de inexistencia de hijos comunes dependientes y no presentando ninguno de los cónyuges un interés más digno de protección que el otro, por lo que la atribución del uso de la vivienda recaerá en el titular de la misma.

Pese a todo, la doctrina jurisprudencial más reciente, aborda la problemática de si el uso de la vivienda solo puede ser concedido al cónyuge cuando existan hijos menores o tanto menores como mayores, defendiendo que la mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso, deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección⁶¹, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el párrafo primero del art. 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue asignación inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas.

Por tanto, podemos admitir como criterio jurisprudencial actual, que la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del art. 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que

⁵⁹ CERVILLA GARZÓN, M.D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, op. cit., p. 39.

⁶⁰ SALAZAR BORT, S.: *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, op. cit., p. 60.

⁶¹ STS de 29 mayo de 2015 [RJ 2015\2273].

prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección⁶².

4.3 Naturaleza jurídica de la distribución de la vivienda:

Una cuestión muy importante a tener en cuenta en todo este proceso de atribución de la vivienda familiar es la calificación de la naturaleza jurídica⁶³ que se le da a este proceso. Por ello, y con motivo de los continuos debates y discusiones acerca de si estamos ante un derecho personal o real, no se ha llegado a una conclusión unánime.

Este se trata de un derecho que participa de caracteres de derecho real y caracteres de derecho personal. Más real, si se quiere que personal, pero sin dejar de tener cualidades propias de los derechos personales.

Discrepancia que podemos encontrar en diversos pronunciamientos del Tribunal que afirman la naturaleza real⁶⁴ de este derecho y otros que lo niegan⁶⁵. No obstante, si hay cierta unanimidad en afirmar la oponibilidad *erga omnes*, así como su inscripción en el Registro de la Propiedad por medio de la inscripción de la sentencia, título en el que trae causa el uso de la vivienda familiar, circunstancias que sitúan este derecho como más cercano a los derechos reales, pero sin poder olvidar la esfera personal del mismo que es innegable.

Esta situación posesoria que se genera tiene unos caracteres especiales que provienen de los bienes protegidos por esta atribución exclusiva del uso. Así, podemos afirmar que es una posesión exclusiva y excluyente del cónyuge no titular, cuya legitimación se encuentra en la titularidad de su ex cónyuge, por lo que al ser una legitimación *per relationem*.

Tras la atribución del uso de la vivienda al cónyuge, tiene lugar el uso y disfrute de la misma, tanto por el cónyuge como por los hijos. Esta posesión del cónyuge no propietario sobre la vivienda es una posesión exclusiva y excluyente. Es una posesión en concepto distinto del de dueño. El cónyuge no titular, además de la facultad de poseer, tiene la obligación de hacerlo, debido a que nos encontramos ante una medida justificada por la protección del núcleo familiar. Por ello, si dejase de poseer la vivienda por residir en otro lugar, la necesidad que justificó la atribución dejaría de existir, y por tanto, la resolución judicial debería ser revisada⁶⁶.

Es un tema delicado, debido a que se está privando de la posesión al titular de la vivienda como medida de protección del interés de la familia, por lo que, si no se hace uso de esa facultad por parte del cónyuge no propietario, deberá ser devuelta la posesión de los bienes al legítimo propietario, independientemente de que el dueño tenga o no la necesidad de usarlos.

Sin embargo, y a tenor del artículo 96.4 CC, se necesitará el consentimiento del titular de la vivienda para llevar a cabo posibles actos dispositivos: “Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el

⁶² STS de 19 de enero de 2017 [RJ 2017\924].

⁶³ CERVILLA GARZÓN, M.D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, op. cit., p. 41.

⁶⁴ STS de 20 de Mayo de 1993 [RJ 1992/10136].

⁶⁵ STS de 23 de Enero de 1998 [RJ 1998/151].

⁶⁶ CERVILLA GARZÓN, M.D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, op. cit., p. 64.

consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”. Así, el bien n cuestión podría cambiar de titular, pero siempre con el consentimiento del cónyuge beneficiario y del adquirente.

Los gastos generados durante la posesión de la vivienda pueden ser asignados tanto al cónyuge beneficiario como al cónyuge titular. Por su parte, los gastos generados del uso, deberán ser asumidos por el cónyuge no propietario, tanto los gastos derivados del consumo, como los del propio uso del inmueble, aunque estos gastos se encuentren contratados a nombre del dueño.

4.4 Conclusión:

En conclusión, la atribución del uso de la vivienda familiar debería ser concedida a Leticia y a sus dos hijos, por la vía del art. 96.1 CC, pudiendo disfrutar de la misma hasta que sus dos hijos alcancen la mayoría de edad. Alcanzada dicha mayoría debería plantearse un nuevo proceso de asignación que ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del art. 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

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

Antes de analizar detalladamente si los actos o acciones acaecidos entre Felipe y Leticia son constitutivos de delito, debemos hacer referencia a la Ley de violencia de género, y de como esta, establece que debemos entender por violencia de género, así como los criterios determinantes de la misma.

5.1 Introducción a la Ley de violencia de Género:

El concepto de violencia de género es introducido en nuestro ordenamiento penal por la Ley de Violencia de Género, la cual, en su art. 1.3 dispone que, la violencia de género a la que ella se refiere comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.

Pese a comprender todo acto de violencia física y psicológica, no todo acto de esta naturaleza podrá ser definido como violencia de género, pues será preciso aún, de acuerdo con el art. 1.1 Ley de Violencia de Género, que aquella se ejerza sobre las mujeres, por parte de quienes hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligadas a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre ellas.

Tras lo dispuesto en los dos párrafos anteriores, podemos afirmar que no siempre que se haya cometido un delito violento existirá un delito de violencia de género, ya que es preciso que concurren diversos requisitos:

- En primer lugar, que el autor sea un hombre y la víctima una mujer.
- En segundo término, que ambos estén o hayan estado casados o bien exista o haya existido entre ellos una relación sentimental de similar afectividad.
- Por último, que el acto de violencia se manifieste como una discriminación del primero respecto de la segunda por razón, precisamente, de la condición femenina de la víctima, evidenciándose en el acto una situación de desigualdad, una relación de poder del autor sobre la mujer.

En suma, la Ley de Violencia de Género introduce un concepto, el de violencia de género, que adquiere un evidente protagonismo en nuestra disciplina, capaz de abarcar, potencialmente, cualquier delito violento, incluidos el de violencia habitual o doméstica y el maltrato o lesión singular del art. 153 Código Penal⁶⁷, y al que se anudan determinadas consecuencias penales, gravosas para el reo, además de otras muchas de orden civil, etc. Vinculada a cualquier delito violento, la violencia de género adquiere una significativa presencia en nuestro Código Penal, sensiblemente superior a la que tenía, y tiene concedida la violencia doméstica habitual, cuyo tipo penal, manteniéndose íntegramente su relación⁶⁸.

⁶⁷ BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995; en adelante CP.

⁶⁸ RAMÓN RIBAS, E.: *La protección frente a la violencia de género: Tutela Penal y Procesal*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 17.

A modo de inciso, apuntar, ya que es de gran relevancia, que el CP fue reformado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁶⁹.

Cualquier infracción penal es susceptible de transformarse en un delito de violencia de género. Pero, para que tal transformación tenga lugar, el acto de violencia física y psicológica deberá ser una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres; así lo dispone el referido art. 1.3 de la Ley de Violencia de Género.

Pese a que no es necesario que el tipo penal concreto mantenga una cláusula que prevea específicamente dicha transformación, algunos tipos penales si se refieren expresamente al hecho de que el agresor sea un hombre y la víctima una mujer que estuviere o hubiere estado ligada a él por una relación de pareja. Este es el caso de los delitos tipificados en los arts. 153.1, 171.4, 172.2 y 148.4; delitos que abordaremos más adelante, pues están presentes en el caso que nos ocupa.

Los mencionados delitos, se corresponden respectivamente con la violencia en el ámbito familiar, amenazas, coacciones y lesiones agravadas. Estos, son por definición delitos de violencia de género, ya que fueron objeto de reforma por la Ley de Violencia de Género.

Resulta posible, por supuesto, estimar que el legislador efectivamente introdujo el concepto de violencia de género sin configurar específicamente infracción penal alguna como delito de dicha naturaleza, permitiendo, no obstante, que cualquier infracción violenta adquiriera, concurrentes los requisitos antes mencionados, dicha caracterización⁷⁰.

5.2 Actuaciones de Felipe constitutivas de delito:

Una vez precisada cual la ha sido la influencia de la Ley de Violencia de Género en nuestro CP, debemos pasar a analizar cuáles son las circunstancias que rodean al caso, y en concreto que acciones llevadas a cabo por Felipe, son constitutivas de delito. Para ello, he decidido hacer referencia a dos momentos clave que marcarán la conclusión final del supuesto de hecho.

Estos son:

1. En una de las discusiones, Felipe le propina un empujón a su mujer diciéndole que es libre de irse, pero que si lo hace no va a volver a ver a sus hijos. Leticia acude al médico y este afirma que todo está bien y le receta únicamente unos analgésicos para el dolor.

El contexto descrito en el párrafo anterior recoge dos situaciones constitutivas de delito. Por un lado nos encontramos con el empujón que Felipe le propina a Leticia y por otro la amenaza de aquel a esta última, de que si abandona el hogar familiar no volverá a ver a su hijo.

Cuando hablamos de un empujón, debemos acudir al art. 147.3 CP, el cual dispone, que *el que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la*

⁶⁹ BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

⁷⁰ RAMÓN RIVAS, E.: *La protección frente a la violencia de género: Tutela Penal y Procesal*, op. cit., pp. 19-20.

pena de multa de uno a dos meses. Este apdo. 3 castiga el hecho de golpear o maltratar de obra sin causar lesión. Es decir, en el caso del apdo. 3 no se requiere un resultado de lesión, sino que basta probar la existencia de golpes, empujones o conductas similares. Además, tras la lectura de los hechos queda constancia de que el médico no aprecia ningún tipo de lesión, afirmando que “Todo está bien”, asimismo la receta de analgésicos no debemos considerarlo tratamiento médico o quirúrgico⁷¹.

Pero no estamos ante un simple empujón, sino que hablamos de un empujón que fue propinado por un marido (Felipe) a su esposa (Leticia) y en el domicilio familiar. Circunstancias que cambian radicalmente la calificación penal de los hechos, pues en este contexto debemos abandonar el art. 147.3 CP y remitirnos al art. 153 CP que indica lo siguiente:

El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.

La Ley de Violencia de Género, introdujo en este artículo 153 un precepto en el que se castiga como delito causar un menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de

⁷¹ Tal y como advierte la STS de 11 marzo de 2010 [RJ 2010\4484], los analgésicos, no pocas veces se administran como paliativo de molestias leves, o incluso en prevención de ellas, no para la efectiva curación de una lesión, por lo que la dispensación de fármacos (analgésicos o antibióticos) sin precisar más, esto es sin referencia a las dosis y tiempo de la medicina puede no considerarse tratamiento médico. En el mismo sentido, la STS de 4 noviembre de 2008 [RJ 2009\423].

las previstas en el art. 147.2 CP o golpear o maltratar de obra sin causar lesión (es decir, la conducta prevista en el art. 147.3 CP y que es la del supuesto ante el que nos encontramos), siempre que la víctima sea mujer que es o ha sido esposa del autor, o mujer que está o ha estado ligada al autor por análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, así como alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP.

En el caso de mujer pareja o ex-pareja y persona especialmente vulnerable que conviva con el autor las penas son superiores a las del resto de sujetos pasivos. Esto motivó numerosas críticas: en primer lugar, por considerarse que suponía una vulneración del principio de proporcionalidad, al castigar con penas de prisión conductas poco peligrosas para la integridad física⁷². Asimismo, se planteó una posible vulneración del principio de igualdad, al tener más pena el delito de hombre a mujer que de mujer a hombre⁷³.

Por otra parte, este delito, tiene una posibilidad de agravación (apdo.3) y de atenuación (apdo. 4), interesándonos sobre la agravación que tenga lugar por cometerse el delito en domicilio común o de la víctima; que es justamente como tiene lugar en el asunto en cuestión. En definitiva, podríamos aplicarle a Felipe por los empujones, un delito del art. 153 CP, agravado por haber tenido lugar los hechos en el domicilio familiar (apdo. 3).

Dejando a un lado los empujones, ahora debemos centrarnos en la amenaza de Felipe a Leticia, dirigiéndose a ella en los siguientes términos: “Eres libre de irte, pero si lo haces no volverás a ver a tus hijos”.

La LO 1/2004, de 28 de diciembre, introdujo diversas modificaciones en el delito de amenazas, incluyendo tres nuevos apartados en art. 171 CP (4º, 5º y 6º) mediante los que se elevaron a la categoría de delito amenazas de carácter leve que se realizan en un determinado entorno violento. Se trata de conductas que tienen un régimen especial – agravado- en atención al círculo de sujetos involucrados. Se configuran como delitos especiales, en tanto que lo sujetos pasivos de las amenazas deben tener un determinado vínculo familiar y/o doméstico en el sujeto activo⁷⁴.

Es el apdo. 4º del art. 171 CP el que nos interesa en el tema actual y que establece lo siguiente:

El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad

⁷² El TC rechazó esta objeción mediante ATC de 7 junio de 2004 [RTC 2004\233], en el que entendió que existía proporcionalidad, dada la especial problemática de la violencia de género en nuestro Estado.

⁷³ El TC, de nuevo, rechazó esta idea mediante STC de 14 mayo de 2008 [RTC 2008\59], entendiendo que la violencia de hombre a mujer denota lesividad superior a la de otras formas de agresión, puesto que, junto a la afectación a la integridad física de la víctima, se reproduce un modelo de conducta de discriminación y sometimiento de la mujer al hombre.

⁷⁴ GÓMEZ RIVERO, M^a. C. (Dir.^a): *Nociones fundamentales de derecho penal, parte especial*, Volumen I, Segunda edición adaptada a la LO 1/2015 de reforma del CP, TECNOS, Madrid, 2015, p. 191.

necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Dicho apdo. se refiere a los supuestos en los que de modo leve se amenazare a quien sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Se castigará con pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días⁷⁵.

A su vez, se establece un sistema agravado cuando el delito se perpetre en presencias de menores o tenga lugar en el domicilio común (contexto actual) o en el de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las comprendidas en el art. 48 CP, o bien una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza (art. 171.5 párrafo 2º CP).

A modo de curiosidad, ya que siempre han estado relacionadas con las amenazas, las coacciones leves fueron elevadas a la categoría de delito por la Ley de Violencia de Género, cuando éstas se ejecutaran en un determinado ámbito familiar. Hasta ese momento, las coacciones de carácter leve se habían castigado como falta del art. 620.2 CP, con una pena de multa de diez a veinte días.

La diferencia entre las amenazas y las coacciones radica en la fase sobre la que recaiga la conducta típica: las amenazas lesionan el proceso de formación de la voluntad, mientras que las coacciones atentan contra la voluntad de ejecutar lo ya decidido⁷⁶. Del mismo modo el TS, sostiene que habrá amenazas cuando exista un aplazamiento en el mal augurado y coacciones si el mal es inminente⁷⁷.

Por tanto, al delito del art. 153 CP, debemos sumarle el delito de amenazas del art. 171.4 CP. Independientemente de las penas de prisión o trabajos en beneficio a la comunidad a las que pueda ser condenado el autor de los hechos, en este caso Felipe, debemos tener en cuenta la posible inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, a la que puede ser sometido el mismo, si el tribunal o el juez lo estima conveniente para el interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección (Antonio y Lucía).

2. Con unas copas de más encima, le propina varios golpes que la tiran al suelo. 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 usa un collarín.

La situación detallada en el párrafo anterior nos traslada al art. 147.1 CP que dice así:

El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

⁷⁵ SAP de Islas Baleares de 23 abril de 2015 [JUR 2015\153233] y SAP de Barcelona de 1 julio de 2014 [JUR 2014\234945].

⁷⁶ STS de 18 marzo de 2000 [RJ 2000\1475].

⁷⁷ STS de 10 noviembre de 2008 [RJ 2008\7130].

Pero del mismo modo que ocurría con los empujones, estas lesiones están condicionadas porque el autor de la mismas es el marido mientras que el sujeto pasivo es su mujer; por ello debemos continuar con la misma mecánica y en este caso remitirnos a otro art. que no es el 153 CP, pues existen unas lesiones, sino que se trata del art. 148.4 CP.

Según el art. 148 CP, las lesiones previstas en el apartado 1 del art. 147 CP, podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo a resultado causado o riesgo producido. A continuación el propio precepto, recoge 5 apartados en los cuales incluye los diferentes tipos de víctimas afectados por el mismo. De todo ellos, a nosotros nos importa el apdo. 4 que dice así: “*Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia*”.

En otras palabras, en el art. 148 se recogen una serie de tipos agravados, por la modalidad comisiva de las lesiones o por las características personales de la víctima. Todas estas agravaciones, y es importante destacar esto, son potestativas, debiendo atender al resultado causado o al riesgo producido.

Teniendo en cuenta esto, debemos considerar el hecho de que Felipe se enfrenta a unas lesiones recogidas en el art. 147.1 CP, dado que existe asistencia facultativa y posterior tratamiento médico o quirúrgico (venda del pie donde sufrió el esguince⁷⁸, receta de analgésicos⁷⁹ y uso de collarín⁸⁰); pero que a su vez se encuentran agravadas por el art. 148.4 CP, al ser sufridas por la mujer del autor; en consecuencia deberíamos aplicar la pena contemplada en este último precepto (pena de prisión de dos a cinco años).

Igualmente, a la hora de imponer una pena al delito cometido por Felipe, debemos tener en cuenta el estado de embriaguez en el que se encontraba en el momento de la agresión y determinar si dicha situación se corresponde con una eximente incompleta (art. 21.1 CP) que implica la consiguiente rebaja de la pena en uno o dos grados (arbitrio judicial) o con un atenuante (art. 21.2 CP) lo que supone por su parte que la pena habrá de imponerse en la mitad inferior de la prevista en la norma.

5.3 El delito de Violencia de Género:

Tras analizar ambos supuestos, llegamos a la conclusión de que no estamos ante situaciones aisladas o puntuales, sino que se trata de una conducta violenta y repetida en el tiempo por parte de Felipe hacia Leticia. Por ello y teniendo en cuenta todo el contexto que rodea a estos actos violentos, así como la influencia que los mismos tienen en el desarrollo de la vida de la víctima, nos encontramos en la obligación de acudir al art. 173.2 CP, esto es, el delito de violencia habitual en el ámbito familiar.

Este art. 173.2 CP dice establece lo siguiente:

El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos

⁷⁸ STS de 30 septiembre de 2010 [RJ 2010\7656].

⁷⁹ STS de 9 julio de 2014 [RJ 2014\3545].

⁸⁰ La STS de 17 octubre de 2012 [RJ 2012\10552] indica como la colocación de un collarín cervical debe valorarse como tratamiento médico consistente en la inmovilización necesaria para la sanidad. En la misma línea jurisprudencial se encuentra la STC de 26 enero de 2016 [RJ 2016\360].

por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

En los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada.

La conducta típica que se castiga es ejercer habitualmente la violencia física o psíquica, en este caso sobre la 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.

En cuanto al requisito de la habitualidad, según el art. 173.3 CP, hay que atender al número de actos de violencia (2 en el caso actual) y a su proximidad temporal (en el espacio temporal de 3 meses), con independencia de que haya afectado a uno o a varios sujetos pasivos, y de que hayan sido o no enjuiciados en procesos anteriores.

De hecho, el TS mantiene que es irrelevante que ya se hayan juzgado algunos de los actos de violencia (cosa juzgada) o que ya hayan prescrito⁸¹, pues lo relevante para apreciar la habitualidad no es un número concreto de actos de violencia, sino la existencia de una repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento⁸².

El TS argumenta que la habitualidad no debe interpretarse en un sentido jurídico de multirreincidencia, sino que debe mantenerse como repetición de actos de idéntico contenido lesivo. No es la mera repetición lo que integra este delito, sino la relación entra autor y víctima, la frecuencia con la que ocurre, la permanencia del trato violento⁸³, etc.

Se trata, por tanto, de castigar una serie de malos tratos continuados en sí mismos considerados: no se requiere, pues, efectivo menoscabo de la salud, es decir, un resultado de lesión.

⁸¹ SSTS de 23 mayo [RJ 2006\3339]; de 18 abril [RJ 2002\5562].

⁸² SSTS de 18 diciembre de 2003 [RJ 2003\9431]; de 31 enero de 2005 [RJ 2005\4815]; de 14 febrero de 2007 [RJ 2007\1606]; de 3 octubre de 2008 [RJ 2008\6418].

⁸³ SSTS de 23 mayo de 2006 [RJ 2006\3339]; de 13 julio de 2006 [RJ 2006\9595].

Al igual que sucedía con el art. 153, se establece una agravación cuando los actos de violencia se realicen en presencia de menores, o utilizando armas o tengan lugar en el domicilio común o de la víctima, o se efectúen quebrantando una pena de las previstas en el art. 48 o una medida cautelar o de seguridad de idéntica naturaleza.

Una cuestión central estos preceptos penales introducidos por la Ley de Violencia de Género, es la referente a los presupuestos de aplicación. Concretamente se discute si toda violencia de un hombre contra una mujer en el marco de la relación de afectividad es una manifestación de la discriminación de la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, y por ende, si hay que aplicar los preceptos específicos y agravados o si, se admite prueba en contrario.

Sobre la circunstancia descrita en el párrafo anterior, se pronunció la Circular número 4/2005 de la Fiscalía General del Estado⁸⁴ señalando que la Ley de Violencia de Género entiende que en las agresiones físicas o morales a la mujer está latente ese sentimiento de superioridad en la pareja del que aquéllas no son sino una forma de expresión. Por tanto, la Ley opta por una definición de violencia de género que parte de entender, como dato objetivo, que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad del agresor⁸⁵. No obstante, esta misma circular era algo confusa a la hora de establecer los criterios en virtud de los cuales los Juzgados de Violencia contra la Mujer podrían rechazar la competencia y ello dio pie a que un sector de la doctrina y la jurisprudencia⁸⁶ viniera a exigir una suerte de dolo específico de dominación.

5.4 Conclusión:

En conclusión, podemos afirmar que Leticia está sometida a una situación de violencia de género habitual, donde Felipe es el autor de los hechos delictivos. Asimismo, podemos identificar tres momentos clave en la relación de ambos que marcan la realidad violenta y discriminatoria a la que se enfrenta Leticia. Estos son, los empujones tipificados en el art. 153 CP, las amenazas tipificadas en el art. 171.4 CP y las lesiones agravadas del art. 148.4 CP. Delitos que al confluir en distintos espacios temporales pero en un mismo contexto acaban por desencadenar la aparición del art. 173.2 CP, que es el precepto más representativo de la violencia de género.

⁸⁴ Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género de la Fiscalía General del Estado.

⁸⁵ GÓNZALEZ CUSSAC, J.L. (Coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*, 5ª Edición revisada y actualizada a la Ley Orgánica 1/2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 160.

⁸⁶ STS de 25 enero de 2008 [RJ 2008\1563] que reza así: *Ha de concurrir, pues, una intencionalidad en el actuar del sujeto activo del delito, que se puede condensar en la expresión actuar en posición de dominio del hombre frente a la mujer para que el hecho merezca la consideración de violencia de género.*

BIBLIOGRAFÍA

MONOGRAFÍAS

ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho civil IV. Derecho de Familia*, Duodécima Edición, Madrid, 2013.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

ARSUAGA CORTÁZAR, J.: *La reforma del procedimiento civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Segunda Edición, Bercal S.A., Madrid, 2013.

CABEZUELO ARENAS, A.L.: *Polémicas Judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la Pensión de Alimentos de los hijos tras la Separación y Divorcio (Art. 93 CC)*, Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2010.

CERVILLA GARZÓN, M.D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

GARRIGA GORINA, M.: *La adopción y el Derecho a Conocer la Filiación de Origen*, Aranzadi, Navarra, 2000.

GÓMEZ RIVERO, M^a. C. (Dir.^a): *Nociones fundamentales de derecho penal, parte especial*, Volumen I, Segunda edición adaptada a la LO 1/2015 de reforma del CP, TECNOS, Madrid, 2015.

GÓNZALEZ CUSSAC, J.L. (Coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*, 5^a Edición revisada y actualizada a la Ley Orgánica 1/2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

GUTIÉRREZ BERLINCHES, A.: *Los procesos de alimentos*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

LASARTE, C.: *Derecho de familia. Principios de derecho civil*, Tomo sexto, Decimoquinta Edición, Marcial Pons, Madrid, 2016.

MALO, F.: *Glosa al requisito de la diferencia de dieciséis años entre adoptante y adoptado*, RCDI, 1981.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: *Curso de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de Familia*, Colex, Majadahonda (Madrid), 2007.

PÉREZ UREÑA, A.A.: *Normativa sobre las uniones de hecho. Cuestiones candentes*, Edisofer, S.L. Madrid, 2002.

RAMÓN RIBAS, E.: *La protección frente a la violencia de género: Tutela Penal y Procesal*, Dykinson, Madrid, 2010.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000.

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

SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.): *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de familia y sucesiones*, Cuarta Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

ARTÍCULOS DOCTRINALES

DEL PINO ESPINOSA BALGUERÍAS, M.: “La atribución del uso y disfrute de la vivienda conyugal tras la ruptura matrimonial”, p. 6.

RODRÍGUEZ RUIZ, B.: “Matrimonio género y familia en la Constitución Española: trascendiendo la familia nuclear”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, enero-abril (2011), p. 95.

VV.AA., “Recientes reformas legislativas en materia de capacidad para adoptar y ser adoptado”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 ter, diciembre 2015, p.216.

NORMATIVA CITADA

1. Derecho interno:

Constitución Española de 1978.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

1.1 Derecho Civil:

Ley de 24 de abril de 1958 por la que se modifican artículos del Código Civil.

Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción.

Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 18/2001 de 19 de diciembre de 2001, de parejas estables, de las Islas Baleares.

Decreto 112/2002, de 30 de agosto, mediante el cual se crea un Registro de Parejas Estables de las Illes Balears y se regula su organización y gestión.

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.

Decreto 40/2006, de 21 de abril, por el cual se regulan los procedimientos de acogimiento familiar, de adopción y de determinación de idoneidad.

Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos.

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

1.2 Derecho Penal:

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Circular 4/2005, de 18 de Julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, de la Fiscalía General del Estado.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

2. Derecho comunitario derivado:

Convenio europeo en materia de adopción de menores hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008.

COMPENDIO JURISPRUDENCIAL

1. Tribunal Constitucional:

ATC de 8 de mayo de 1985

ATC de 11 febrero de 1987 [RTC 1987\156]

ATC de 24 junio de 1987 [RTC 1987\788]

STC de 20 febrero de 1989 [RTC 1989\45]

ATC de 7 junio de 2004 [RTC 2004\233]

STC de 14 mayo de 2008 [RTC 2008\59]

STC de 26 enero de 2016 [RJ 2016\360]

2. Tribunal Supremo:

STS de 15 noviembre de 1990 [RTC 1990\184]

STS de 11 abril de 1991 [RTC 1991\77]

STS de 11 diciembre de 1992 [RTC 1992\222]

STS de 20 de Mayo de 1993 [RJ 1992/10136]

STS de 31 diciembre de 1994 [RJ 1994\10330]

STS de 16 diciembre de 1996 [RJ 1996\9020]

STS de 23 de Enero de 1998 [RJ 1998/151]

STS de 18 marzo de 2000 [RJ 2000\1475]

STS de 18 mayo de 2001 [RJ 2001\6458]

STS de 4 noviembre de 2008 [RJ 2009\423]

STS de 10 noviembre de 2008 [RJ 2008\7130]

STS de 11 marzo de 2010 [RJ 2010\4484]

STS de 17 marzo de 2010 [RJ 2010\2403]

STS de 30 septiembre de 2010 [RJ 2010\7656].

STS de 14 junio de 2011 [RJ 2011\4527]

STS de 21 septiembre de 2011 [RJ 2011\6575]

STS de 9 mayo de 2012 [RJ 2012\5137]

STS de 21 mayo de 2012 [RJ 2012\6532]

STS de 30 mayo de 2012 [RJ 2012\6547]

STS de 17 octubre de 2012 [RJ 2012\10552].

STS de 5 noviembre de 2012 [RJ 2012\10135]

STS de 23 noviembre de 2012 [RJ 2012\566]

STS de 30 abril de 2013 [RJ 2013\4607]

STS de 9 julio de 2014 [RJ 2014\3545]

STS de 29 mayo de 2015 [RJ 2015\2273]

STS de 19 de enero de 2017 [RJ 2017\924]

STS de 23 enero de 2017 [RJ 2017\629]

3. Audiencias Provinciales:

SAP de Ciudad Real de 9 febrero de 1994 [AC 1994\339]

SAP de Valladolid de 14 julio 1995 [AC 1995\1304]

SAP de Madrid de 24 abril de 1998 [AC 1998\4461]

SAP de Cuenca de 17 mayo de 2000 [AC 2000\2555]

SAP de Barcelona de 1 julio de 2014 [JUR 2014\234945]

SAP de Islas Baleares de 23 abril de 2015 [JUR 2015\153233]