

ÍNDICE

ÍNDICE	1
1. RESUMEN.....	3
2. ABSTRACT	3
3. INTRODUCCIÓN	5
4. ÍNDICE DE ABREVIATURAS	7
5. ANTECEDENTES DE HECHO	9
5.1. Demanda de medidas provisionales previas	10
6. CUESTIONES A RESOLVER.....	13
7. NORMATIVA A APLICAR	15
8. FUNDAMENTOS JURIDICOS	17
8.1 Procedimiento en caso de divorcio	17
8.2 Procedimiento en el caso concreto tras interponer denuncia	20
8.3 ¿Por qué no prorrogamos las medidas civiles?	23
8.4 Información recibida por la cliente	25
8.5 Contestación a la demanda de medidas provisionales	30
9. CONCLUSIONES	43
9.1 Orden de alejamiento ¿realidad?.....	43
9.2 La problemática en la atribución del domicilio familiar	45
9.3. Alegar maltrato, ¿necesidad o beneficio?	48
10. LISTADO DE JURISPRUDENCIA.....	53
11. ANEXO I	55
12. ANEXO II	59

1. RESUMEN

Se presenta en nuestro despacho una mujer que pone en nuestro conocimiento unos antecedentes de violencia de género sufridos por ella. Ante esta información y conociendo el parte de sanidad que ella misma nos facilita, la apoyamos para que tome por completo la decisión de ir a denunciar a su ex pareja con la cual tiene un hijo en común.

Es esta denuncia la que da pie a la apertura de diligencias por parte del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer que, al entender indicios razonables de violencia, decide otorgar protección a la víctima y a su hijo hasta que se resuelvan los hechos denunciados. Tras esta denuncia se han dado una serie de irregularidades por parte del marido en las que ha quebrantado la orden de alejamiento así como ha acosado, amenazado e insultado a su ex pareja con motivo de los impedimentos que la madre ha puesto para permitir que el padre vea a su hijo.

Ante esta situación, nos vemos obligados a defender a nuestra cliente de una demanda de medidas provisionales previas que presenta su ex pareja con la finalidad de retirarle la custodia del hijo y por consiguiente, establecer una situación desfavorable para mi cliente en la que nosotros, como abogados defensores, tendremos que hacer uso de todos los medios legales a nuestro alcance para evitar que nuestra cliente salga perjudicada.

2. ABSTRACT

A woman came to our law firm reporting her gender violence history. In view of this situation and the medical report that she provided, we encouraged her to file a complaint against her ex-husband with who she has a child.

This lawsuit led to the initiation of the appropriate legal proceedings by the Court of Violence Against Women “Juzgado de Violencia sobre la Mujer”. The court, due to the evidence of violence, decided to provide protection to the woman and her son until the alleged facts were resolved. After the initial report and as a result of the measurements that the woman took to prevent her ex-husband from seeing their child, the ex-husband committed some irregularities.

In view of this situation, we were forced to defend our client against an application for interim measures which her ex-partner submitted in order to remove the child from the custody of his mother. This led to a non-favorable situation for our client in which we, as her defense counsels, had to use the appropriate legal measures to prevent our client from being harmed.

3. INTRODUCCIÓN

En nuestros días es prácticamente imposible encender la televisión a la hora de comer o abrir un periódico cuando tomamos un café por la mañana y no encontrar alguna noticia sobre violencia de género. El problema que un porcentaje muy alto de la sociedad tiene es que, ante tales noticias, la única respuesta que dan es un simple “puff...otra más” y pasan a la siguiente noticia.

Parece que muchas personas no conciben aún la importancia y relevancia socio-económica de este problema. Estamos hablando de un conflicto que no sólo afecta a otros sino que cada día nos cruzamos por la calle con personas que han sido objeto de algún tipo de discriminación o abuso machista aunque ello no sea considerado de tal magnitud como para apodarlo “violencia de género”. Actualmente, este problema mueve millones de euros anuales para intentar prevenir, solventar y paliar los efectos que causa, así como, provoca una mancha en la sociedad que cada día absorbe a más y más víctimas a las cuales les será un absoluto martirio poder salir de esta crisis de identidad en la que a menudo se anula su persona y será prácticamente imposible retomar su vida tanto personal como laboral como si nada hubiese pasado.

A lo largo de este dictamen vamos a conocer en profundidad el caso de una cliente que llegó un día a nuestro despacho para informarnos de que había sufrido una paliza por parte de su marido. Han leído ustedes bien cuando he escrito la palabra “informarnos” porque el gran problema de esta crisis de identidad que sufren una gran parte de las mujeres víctimas de violencia de género es que la primera pregunta que se realizan a sí mismas, antes de que nosotros, sus abogados, le preguntemos qué ha pasado, es cómo les ha podido pasar esto a ellas. Una gran parte de mujeres que sufren violencia machista necesitan un impulso de su entorno para reunir la suficiente valentía y denunciar esos abusos. Es por esto, que este dictamen ofrece un conocimiento total de cómo se sintió nuestra cliente desde que puso un pie en nuestro despacho para después, conocer cuál era su situación y a qué podía tener derecho ya que, si algo tenía que quedarle claro, era que esta situación tenía que terminar por su bien y el de su hijo. Posteriormente analizaremos la defensa que hacemos a la demanda de medidas provisionales previas que su ex pareja interpuso con el único objetivo de quitar la custodia del hijo común a nuestra cliente.

Finalmente, con este dictamen pondremos de manifiesto algunas de las injustas situaciones que ha dejado sin respuesta la ley y que son criticadas en muchas conversaciones, no sólo formales sino coloquiales también, que provocan, en determinadas ocasiones, un abuso de derecho que hace que la postura de una mujer que ha sido víctima de violencia de género sea cuestionada por la sociedad como si hubiese sido ella misma la que hubiese cometido el delito.

4. ÍNDICE DE ABREVIATURAS

- Constitución Española → CE
- Declaración Universal de los Derechos Humanos → DDHH
- Código Civil → CC
- Juzgado de Violencia sobre la Mujer → JVSM
- Ley Orgánica del Poder Judicial → LOPJ
- Ley de Protección Integral Contra la Violencia de Género → LVG
- Ley Enjuiciamiento Civil → LEC
- Ley Enjuiciamiento Criminal → LECrim
- Estatuto de los Trabajadores → ET

5. ANTECEDENTES DE HECHO

A 6 de Septiembre de dos mil dieciséis, se presenta en nuestro despacho D^a. Gabriela Lara Escabias, mayor de edad, casada, vecina de Jaén, con domicilio a efectos de notificaciones en C/ Pintor Rufino Martos, n.º 4, piso 3º b, con D.N.I. 99.999.991-L y que tiene contraído matrimonio con D. Javier Melero Espinosa, mayor de edad, con D.N.I. 99.999.992-A, del cual nació un hijo, Antonio Melero Lara, el día 3 de Diciembre de 2007.

En esta fecha pone en nuestro conocimiento, y con intención de recibir asesoramiento legal, que, a día de hoy, lleva un largo período de tiempo intentando reunir el valor suficiente para divorciarse de su marido.

Según relata, ha sufrido malos tratos tanto físicos como psicológicos en reiteradas ocasiones pero que, pese a las recomendaciones de familiares y amigos, el temor y la incertidumbre en el futuro hacia sí misma y hacia su hijo ha hecho que le sea absolutamente imposible tomar dicha decisión. Atendidas estas afirmaciones y al ver el gran riesgo que corre tanto ella como su hijo menor de 8 años le recomendamos que acuda inmediatamente a comisaría e interponga denuncia.

Con fecha 7 de Septiembre de dos mil dieciséis se incoan en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer N°1 de Jaén, Diligencias Previas 486/2016, en las que se han practicado las diligencias pertinentes para el esclarecimiento de los hechos denunciados. Celebrada la audiencia prevista a que hace referencia la Lecrim¹, la conclusión a la que se llega, es que *“procede conceder a D^a. Gabriela Lara Escabias la orden de protección solicitada frente a su pareja D. Javier Melero Espinosa a la vista del resultado de las diligencias practicadas en la que la denunciante ha relatado que el día 30/08/2016 en el domicilio familiar con ocasión de una discusión, Javier le propinó un puñetazo en el estómago y varias patadas y que tras empujarle, cayó al suelo rompiendo un cristal y cortándose en un pie. Además, declara que lleva ocho días sin dormir ya que su pareja o ex pareja sube al domicilio a insultarla; asimismo, el parte de sanidad de fecha 06/09/2016 señala que la denunciante presenta hematoma retroperitoneal derecho y dolor en hipocondrio derecho, herida incisa de fase resolución aunque algo infectada en pie derecho. Así, del resultado de las diligencias practicadas se desprende una situación objetiva de riesgo, que hace necesaria y proporcional la*

1 Real Decreto de 14 de Septiembre de 1882, aprobatoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 544.ter apartado 4. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 17 de Septiembre de 1882.

adopción de medidas de protección con el fin de proteger a la víctima y evitar que se repitan hechos análogos”².

De la citada denuncia dimanaban una serie de medidas cautelares de carácter civil y penal en el que se establece una orden de protección en favor de la denunciante además de atribuir la guardia y custodia a la madre, un plan de régimen de visitas, comunicación y estancia del progenitor no custodio, una pensión de alimentos en función del menor, así como el uso del domicilio familiar.

Posteriormente dichas medidas fueron cumplidas con normalidad, no habiendo contacto alguno entre la pareja. Fue a raíz del comportamiento del marido, el cual comenzó a perseguir a su ex pareja e increparla mediante pintadas en el domicilio familiar y publicaciones a través de las redes sociales del tipo “*zorra te tengo que matar*” o “*esa mujer está prostituyendo a mi hijo*” y tener conocimiento de que llevaba al menor a numerosos bares exigiéndole que le sirviese las copas a él y a sus amigos cuando nos vimos obligados a interponer un recurso de acogida para mujeres maltratadas víctimas de Violencia de Género con el objetivo de que se asigne una casa de acogida³ a nuestra cliente.

De esta manera, al no tener el progenitor no custodio contacto ni derecho de visitas respecto de su hijo debido a que la madre no facilita la relación paterno filial, D. Javier Melero Espinosa desea regularizar dicha situación e interpone Demanda de Medidas Provisionales Previas frente a D^a. Gabriela Lara Escabias.

5.1. Demanda de medidas provisionales previas

En este punto, haremos referencia de la forma más escueta posible a la demanda de medidas provisionales previas a la que se ha hecho referencia en los antecedentes de hecho con el fin de fijar el objeto central de este dictamen y tener la base sobre la que elaborar la contestación a la demanda.

Fue causa de un deterioro en la vida en común de la pareja cuando se interpuso denuncia contra D. Javier Melero Espinosa que dio lugar al auto de 7 de Septiembre de 2016 y que establece la orden de alejamiento del denunciado y unas medidas civiles que no fueron prorrogadas por la parte denunciante.

2 Auto Juzgado de Violencia Sobre la Mujer N°1 de Jaén 519/2016, de 7 de Septiembre. (Anexo I).

3 El derecho a un alojamiento que tienen las mujeres víctimas de Violencia de Género y sus hijos menores durante un período de tiempo determinado donde serán acogidos y reciban la asistencia que requieran.

Es a raíz de la citada denuncia por la cual el progenitor no tiene contacto, ni derecho de visitas respecto de su hijo, debido a los obstáculos que pone la madre, por lo que se interpone dicha demanda de medidas provisionales⁴ previas con objeto de regularizar la situación y evitar el detrimento de las relaciones padre e hijo. Por lo tanto, en atención al interés más necesitado de protección del hijo menor la parte contraria solicita la adopción de las siguientes medidas:

- Guardia y Custodia del menor

Pide que la misma sea atribuida a D. Javier Melero Espinosa en base a unos motivos muy concretos:

- a) Siempre ha mostrado interés y preocupación de la atención y educación de su hijo.
- b) Que el menor convive con la madre en un ambiente hostil, escuchando y presenciando conversaciones que no son propias para un chico de su edad debido a la nueva pareja de la misma y de los amigos los cuales son acusados de violaciones al menor.
- c) Considera que el desarrollo psíquico del menor a todos los niveles y efectos sería más adecuado bajo la atención y cuidado del padre.

Así, para el caso de que no sea obtenida la petición principal, con carácter subsidiario se otorgue la Guardia y Custodia compartida atribuida a ambos progenitores, compartiendo ambos la Patria Potestad.

- Domicilio Familiar

Solicita que el menor continúe en el domicilio familiar y serán los padres los que establezcan un régimen semanal de entradas y salidas en aras del interés del menor.

- Régimen de Visitas

Se defiende aquí con carácter principal un régimen estricto por los graves hechos que se investigan. No obstante, de concederse un régimen de guarda y custodia compartida serán los propios progenitores quienes decidan el régimen de visitas más adecuado para el

4 Texto íntegro de la Demanda de Medidas Provisionales Previas, Juzgado de Violencia Sobre la Mujer, 7 de febrero de 2016 (Anexo II).

interés del menor. De no ser posible, se adjunta como posibilidad y con carácter subsidiario, un régimen de visitas que aparece desarrollado en el Anexo II de este dictamen.

Finalmente ambos padres, al compartir patria potestad conjuntamente, deberán conocer y ser partícipes en las decisiones de especial relevancia que tengan que ver con el interés y el desarrollo del menor. Así, se considerarán como decisiones de especial relevancia las que afecten al futuro de la residencia del menor, ámbito escolar, sanitario, así como las celebraciones religiosas y personales, salvo situaciones de especial gravedad y urgencia.

- Pensión Alimenticia

Debido a la situación actual del demandante se solicita una cantidad total de 120 euros mensuales en favor del menor además de contribuir al 50% en cuanto a los gastos extraordinarios. Asimismo, garantiza las necesidades del menor en un nivel de vida adecuado y teniendo en cuenta las posibilidades y el estatus socio-económico del padre.

Una vez enfocado el tema central del dictamen pasaremos a realizar la contestación a esta demanda de medidas provisionales previas utilizando los preceptos y precedentes legales que sean oportunos y aplicables al caso.

6. CUESTIONES A RESOLVER

En relación con los antecedentes de hecho expuestos y la breve referencia a la demanda a que nos enfrentamos surgen varios interrogantes a los que daremos respuesta en los fundamentos jurídicos:

1º. ¿Cuál es el procedimiento a seguir para llevar a cabo un divorcio?.

2º. ¿Cuál es el procedimiento que seguimos en este caso en concreto con la interposición de una denuncia?

3º. ¿Por qué nosotros, como abogados defensores de la mujer, no nos interesa prorrogar las medidas cautelares civiles?

4º. Hacer un análisis exhaustivo de la información y atención que ha recibido la cliente por nuestra parte sobre los derechos que le corresponde fundamentados jurídicamente, haciendo referencia a la normativa aplicable al caso.

5º. Como última cuestión, sobre la base del supuesto real relativo al procedimiento de demanda de medidas provisionales previas, el objeto central del dictamen será contestar a la demanda en el mismo acto de la vista que ya está fijada y que será de forma oral. Explicar razonando jurídicamente por qué no estamos de acuerdo con las medidas solicitadas de contrario haciendo referencia a nuestra petición y la base jurídica con la que lo argumentamos.

7. NORMATIVA A APLICAR

Leyes:

- Constitución Española
- Declaración Universal de Derecho Humanos
- Convenio de Estambul
- Convenio de los Derechos del Niño
- Código Civil
- Código Penal
- Ley de Enjuiciamiento Civil
- Ley de Enjuiciamiento Criminal
- Ley Orgánica del Poder Judicial
- Ley Orgánica Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
- Estatuto de los Trabajadores
- Ley de la Seguridad Social
- Ley de Protección Jurídica del Menor
- Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales
- Real Decreto 1369/2006 de 24 de noviembre, por el que se aprueba el programa de Renta Activa de Inserción para empleados con especial situación económica y dificultad para encontrar empleo.

Libros y ponencias:

- PERAMATO MARTÍN, Teresa, “La orden de protección”. *Colección de Manuales de Formación Continuada del CGPJ*, Madrid, 2007.
- Ponencia de Ana Galdeano Santamaría, Fiscal Decana de Violencia de Género en Madrid, “*Medidas Cautelares en Violencia de Género*”.

Ordenanzas, memorias, circulares y datos estadísticos:

-Orden TAS/2865/2003, de 13 de Octubre, por la que se regula el Convenio Especial en el Sistema de la Seguridad Social.

-Memoria Anual de la Fiscalía (años 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017)

-Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado

-Datos estadísticos del Observatorio Contra la Violencia Doméstica y de Género (2017)

-Datos estadísticos del Consejo General del Poder Judicial (2017)

8. FUNDAMENTOS JURIDICOS

8.1 Procedimiento en caso de divorcio

“La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”, así es como empieza la exposición de motivos de la Ley de violencia de Género para explicar y hacer referencia a una situación en la cual, nadie puede mirar hacia otro lado.

El primer precedente que podremos utilizar como punto de partida, no tanto desde el punto de vista legal sino más bien desde el histórico, en la lucha contra la violencia de género que tan extendida está hoy día y de la cual tenemos noticias a diario en los medios de comunicación, sería la figura de Francisca Pedraza, en el siglo XVII, un personaje casi desconocido para todos los públicos pero que sin embargo tiene un papel pionero en la lucha contra la violencia machista. Tras más de diez años de abusos y maltrato continuo y, con un sistema legal muy diferente al que conocemos hoy día, agotó tantas vías judiciales como fueron necesarias para conseguir separarse de su marido. Este sería el punto de partida de una lucha que durante siglos ha traído consigo una larga lista de estereotipos sin fundamento.

Así, el procedimiento que hoy día seguimos para que una pareja decida separarse es mucho más ágil y sencillo. En nuestros días, es cada vez más frecuente que la sociedad tenga un amplio conocimiento acerca de que medidas tomar frente a una ruptura sentimental o que pasos iniciales tendrán que dar. No obstante, cuando hacemos referencia a una situación familiar compleja como se da en un caso de divorcio, son muchos los interrogantes que pueden surgir y en los que, cuando el caso nos afecta, la respuesta no parece tan obvia: ¿qué pasará con nuestros hijos?, ¿qué pasará con los bienes que tenemos en común?, ¿cómo hemos llegado a esto?.

El matrimonio, como derecho reconocido en la sección segunda, del capítulo segundo, del título primero de la Constitución Española (CE, en adelante), así como la redacción misma que recibe en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DDHH, en adelante) , podríamos definirlo como el derecho de unión que tienen dos personas. Sin embargo, todo matrimonio deja de existir si se da alguna de las circunstancias que regula el Código Civil (CC, en adelante) como la nulidad, separación o divorcio. Es ésta última precisamente la que nos interesa para el desarrollo de este dictamen.

Son dos los posibles caminos que una persona puede seguir para divorciarse de su pareja. Por un lado, podemos optar por un procedimiento civil ante el Juzgado de Primera Instancia o, por otro, un procedimiento ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer (JVSM, en adelante). En primer lugar, vamos a profundizar en el análisis del procedimiento civil. Así, la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ, en adelante) en su artículo 22 quarter apartado c, establece que los tribunales españoles serán competentes *“en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones, siempre que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o cuando España sea la residencia habitual del demandado, o, en caso de demanda de mutuo acuerdo, cuando en España resida uno de los cónyuges, o cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda, o cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española”*. Una vez situados en la jurisdicción española, es el artículo 85 de esta ley el que otorga la competencia objetiva en el orden civil a los Juzgados de Primera Instancia de los juicios que no vengán atribuidos a otros juzgados y tribunales. Ahora, tenemos dos opciones para llevar a cabo el divorcio.

- Podemos optar por un divorcio de mutua acuerdo, el cual, a efectos de la práctica legal, resulta ser el más rápido, sencillo y eficaz ya que, permite que ambos cónyuges aparezcan representados por el mismo procurador y asistidos por un único abogado. Para su validez sólo se requiere la elaboración de un convenio regulador que posteriormente será presentado junto con la demanda de divorcio en el juzgado del domicilio familiar a efectos de ratificación.

- Podemos optar por una separación o un divorcio contencioso que a diferencia del anteriormente mencionado, se trata de un procedimiento mucho más largo y costoso que se llevará a cabo por los trámites del juicio verbal, con alguna característica especial. Se caracteriza por la falta de acuerdo entre los cónyuges y porque la demanda no va acompañada de convenio regulador. No obstante, debemos aportar junto con la demanda las medidas que proponemos para que se lleven a cabo en la vista acerca de los hijos, visitas, alimentos, domicilio familiar y demás, con el fin de que sean establecidas por el Juez en la sentencia de divorcio. Si en nuestro caso existiesen hijos menores también tomaría parte el Ministerio Fiscal. Por último, no esta de más añadir que, tanto en uno como en otro

procedimiento, siempre cabe la posibilidad de que a lo largo de la vista, las partes puedan o no ponerse de acuerdo y cambiar de uno a otro.

Sea cual fuere el camino que cojamos, no podemos aplicar un modelo estándar de divorcio a todos los casos ya que debemos ceñirnos al caso en concreto. Así, en muchas ocasiones, un divorcio se debe a una absoluta crisis matrimonial donde son de aplicación, casi necesaria, las medidas provisionales. Debido a la dilatación en el tiempo de los procedimiento matrimoniales, estas medidas son utilizadas para regular de forma transitoria la situación familiar, con especial atención a los intereses de los hijos del matrimonio ya que, serán utilizadas sólo en el periodo de tiempo necesario para elevarlas a medidas definitivas con la sentencia estimatoria de divorcio o se ponga fin al procedimiento de otro modo. Existen dos tipos:

- Previas o provisionalísimas: se dan cuando acreditamos una situación de urgencia o necesidad y se solicitan antes de la interposición de la demanda de divorcio.
- Provisionales o simultáneas: se presentan con la interposición de demanda de divorcio.

Tanto una como otra produce los mismos efectos.

Una vez que hemos analizado el procedimiento civil, abordaremos el otro procedimiento al que podemos recurrir. Como hemos mencionado anteriormente, hoy en día son muchas las noticias que tenemos acerca de la violencia de género y, son muchas las personas que se preguntan porqué acudimos al JVSM en lugar del Juzgado de Primera Instancia. De este modo, es la LOPJ, la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de Diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LVG, en adelante) y la propia Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC, en adelante) las que regulan de manera exclusiva y excluyente la competencia objetiva de estos juzgados. Así, el artículo 87.ter.2 de la LOPJ establece *“que los juzgados de violencia sobre la mujer conocerán en el orden civil, de conformidad con los procedimientos y recurso previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los siguientes asuntos entre los que se encuentran los procedimientos de divorcio, guarda y custodia de los hijos, alimentos...”*. Por lo tanto son cuatro los requisitos que deben darse:

- Que se trate de las materias que desarrolla el artículo 87.ter.2 LOPJ.
- Que alguna de las partes sea víctima de violencia de género.
- Que alguna de las partes sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario de actos de violencia de genero.
- Que se hayan iniciado actuaciones ante el Juez de Violencia de Género.

Hasta aquí, parecen claros todos los casos en los que el JVSM es competente para conocer de un asunto civil. No obstante, hay otras preguntas que pueden surgir en la práctica como qué hacer cuando tramitamos un procedimiento de divorcio ante el Juzgado de Primera Instancia pero, sin embargo, alguna de las partes del proceso civil se encuentra imputada por actos de violencia de género. Actualmente, existe una discusión doctrinal con respecto a este tema ya que hay autores que defienden que, llegado al momento del juicio oral y teniendo en cuenta que el principio de inmediación rige tanto en los procesos penales como civiles, no cabe aquí inhibición por parte del juez civil.

Según la redacción del artículo 49.bis de la LEC, en la que se establece el deber de inhibición del Juzgado de Primera Instancia en favor del JVSM cuando éste tuviera noticia de la comisión de un acto de violencia de género o sea requerido por el propio JVSM para inhibirse, parece que el interrogante obtiene respuesta. El motivo de esta doble interpretación es que en caso de que ya hubiese comenzado el juicio oral en el procedimiento civil y se requiriese para la inhibición, sólo daríamos lugar a la ruptura del principio de inmediación y con ello conseguiríamos volver al momento anterior al comienzo de la vista con las consecuentes pérdidas económicas y temporales que ello causaría. Además, debemos tener en cuenta que la finalidad interpretativa desde el punto de vista doctrinal que el artículo 49.bis.1 hace, gira en torno a que en temas de violencia de género, el objetivo principal de todo procedimiento tanto civil como penal es conseguir unas medidas de protección efectivas contra el maltrato y no podemos permitir que sean las normas procesales las que lo dilaten.

8.2 Procedimiento en el caso concreto tras interponer denuncia

Hemos hecho una breve referencia de manera general al procedimiento para llevar a cabo un divorcio. En las siguientes cuestiones centraremos el dictamen al procedimiento que tenemos en el caso en concreto y trataremos de dilucidar todos los interrogantes que podamos plantearnos.

En nuestro caso, la cliente se presenta en el despacho con intención de divorciarse pero con una situación crítica dentro del ámbito familiar. Es a raíz del informe de sanidad que nos presenta y de los hechos que ella misma nos relata cuando, como hemos visto anteriormente, consideramos que debemos dar parte al JVSM.

Una vez que interponemos la denuncia, ya sea en el Juzgado de Guardia o en cualquier punto de comisaría de la zona, inmediatamente se llamará al presunto agresor para que declare o directamente se procederá a su detención, en función del riesgo y la gravedad de los hechos denunciados. Normalmente, estas actuaciones previas son llevadas a cabo por los puestos de

Guardia Civil o la Comisaría de Policía donde hemos presentado la denuncia para así dar traslado al JVSM en cuanto se haya completado el atestado.

Una vez que ha terminado la actuación policial y nos encontramos en el JVSM procederá a incoar el procedimiento que corresponda y, con ayuda del Ministerio Fiscal, se practicarán todas las diligencias oportunas como la toma de declaración a ambas partes, recabar todo los informes periciales necesarios o cualquier prueba que se estime conveniente. Posteriormente, el Juez escuchará al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que se pronuncien sobre si procede sobreseimiento o soliciten que se dicte auto de apertura del Juicio Oral para el enjuiciamiento del delito, si el Juez lo estima pertinente. En caso de que se dicte dicho auto, el Ministerio Fiscal presentará su escrito de acusación.

Hemos mencionado a lo largo del dictamen la situación de urgencia y riesgo de la víctima. Esta situación es la que nos permite solicitar las medidas que el artículo 544. ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim, en adelante) pone a nuestro alcance.

¿Qué problemas trae consigo el artículo 544.ter?

Como hemos visto, tanto si vamos a denunciar a la policía como si vamos a denunciar al juzgado de guardia el trámite es similar. Sin embargo, son muchos los problemas de competencia que han derivado de estas medidas en la justicia de nuestro país. En primer lugar, el artículo 15.bis de la LECrim establece que la competencia territorial vendrá determinada por el JVSM del lugar del domicilio de la víctima pero, qué ocurre con la competencia objetiva es otra cuestión diferente. De esta manera, los artículos 13, 14.5.c), el 544ter de la LECrim y el artículo 38 del Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales establece que la competencia para estas solicitudes corresponde a los JVSM cuando están en horas de audiencia. Así, fuera de las horas de audiencia, correspondería a los Juzgados de Instrucción de Guardia resolver las Ordenes de Protección para las víctimas y posteriormente, inhibirse ante el órgano competente, cuestión que resuelve la Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado⁵.

5 Circular de la Fiscalía General del Estado (2005), número 4/2005, “... la necesidad de priorizar la respuesta judicial en tales casos, motiva la habilitación de otros órganos jurisdiccionales para ello”. Por esta razón, el Juez de Instrucción de guardia será competente para conocer de esas solicitudes de órdenes de protección de conformidad con el propio tenor del art. 15 bis de la LECrim, que dispone, al establecer la competencia territorial a favor del JVSM del

En numerosas ocasiones, los Juzgados de Guardia (sobretudo cuando no son juzgados mixtos) han decidido no adoptar medidas civiles puesto que estas corresponderían a los JVSM, pronunciándose así únicamente sobre la orden de protección debido a su carácter de urgencia y necesidad. Esto no es más que una irregularidad en la práctica judicial puesto que dejaría desamparadas a las víctimas en una situación en la cual, no sabríamos decir que medidas son más necesarias adoptar. Con el único fin de resolver esta situación irregular se ha llegado a adoptar dichas medidas civiles en base al artículo 158 CC con el objetivo tanto de proteger a los menores y cubrir sus necesidades más básicas, como de preservar las relaciones paterno filiales⁶.

Una vez que hemos visto las diferencias en el procedimiento que debemos seguir tras denunciar un maltrato, volveremos a centrar el dictamen para analizar nuestro caso concreto. Cuando nuestra cliente denuncia y tras las oportunas diligencias practicadas por la policía, se da traslado al JVSM para que resuelva sobre si procede sobreseer el caso o continuar con él y así, establecer la necesidad de adoptar las medidas del artículo 544 ter LECrim. En este punto y ante las circunstancias redactadas en los antecedentes de hecho, dicho juzgado entiende que existen indicios

domicilio de la víctima, como excepción, la adopción de la orden de protección o de las medidas urgentes del art. 13 de la presente Ley que pudiera adoptar el Juez del lugar de la comisión de los hechos.”

6 PERAMATO MARTÍN, Teresa, “La orden de protección”. *Colección de Manuales de Formación Continuada del CGPJ*, Madrid, 2007, p. 575-576 “*Por otra parte, existe una práctica judicial en relación a las solicitudes de orden de protección referidas a violencia de género, constatada en algunos juzgados de guardia, consistente en que durante el servicio de guardia se celebra la comparecencia del art. 544 ter de la LECrim pero no se permite que se formulen peticiones de medidas carácter civil, entendiendo tales juzgados que las mismas deben ser, en su caso, acordadas por el Juzgado de Violencia competente para la instrucción de la causa. Tal práctica determina que, después, y en el contexto de la orden de protección ya resuelta, no se puedan acordar esas medidas aun cuando sean absolutamente necesarias para garantizar la protección que el legislador pretende no sólo para la víctima sino también para sus hijos produciéndose en algunos casos auténticas situaciones de absoluto desamparo para del mínimo sustento para cubrir sus necesidades más básicas y de la relación paterno filial con el progenitor a quien se le prohíbe la aproximación a la solicitante, consecuencias que resultan evidentes en aquellas situaciones en las que toda la familia depende económicamente del imputado (al carecer la denunciante de ingresos) pues el alejamiento bien puede conllevar que aquel (el imputado) no haga llegar voluntariamente ninguna aportación a fin de garantizar la supervivencia de los suyos y que no pueda contactar con sus hijos (si tal contacto se advierte no perjudicial y necesario para la adecuada evolución y desarrollo de la personalidad de los menores). La solución a la que se ha tenido que acudir en algunos casos para proteger efectivamente a los menores, es la de adoptar esas medidas de conformidad con el art. 158 del CC, pero es evidente que las medidas adoptadas en base a ese precepto no están vinculadas a un plazo de 30 días prorrogables por otros 30 en los términos previstos en el art. 544 ter de la LECrim, lo que puede conllevar a que esas medidas, que se adoptan sin contar con los elementos de prueba contundentes y definitivos, al igual que en la orden de protección, se perpetúen más allá de lo estrictamente necesario.*”

suficientes de la comisión de, al menos, un delito de malos tratos en el ámbito familiar y que debido a un temor fundado y un riesgo evidente para la salud e integridad física de nuestra cliente es necesario y proporcional adoptar una orden de protección con el fin de que no se presenten de nuevo hechos análogos.

En cuanto a las medidas de carácter civil, debemos tener claro que nosotros sólo podremos solicitarlas de entre una lista cerrada que aparece regulada en el apartado 7 del 544.ter de la LECrim. Así, al existir hijos menores en nuestro caso, será el Ministerio Fiscal quien se encargue de solicitarlas. No obstante, nosotros como abogados y aunque no es una práctica usual, debemos estar siempre preparados para solucionar contratiempos, de modo que siempre tenemos que estar preparados para pedir las medidas cautelares si el Ministerio Fiscal no lo cree conveniente o, adherirnos a lo que éste solicite.

De esta forma y para terminar con el estudio de las medidas² solicitadas en el caso citaremos de manera escueta cuales fueron las medidas que se adoptaron:

- Medidas cautelares de carácter penal: prohibir a D. Javier Melero Espinosa comunicarse con su pareja o ex pareja D^a. Gabriela Lara Escabias por cualquier medio, y aproximarse a ella, su domicilio y su lugar de trabajo a menos de 100 metros. Medidas que se mantendrán vigentes hasta que la resolución sea definitiva.

- Medidas cautelares de carácter civil:

1. Guardia y Custodia del hijo menor se atribuye a la madre, compartiendo patria potestad.
2. Régimen de visitas, comunicación y estancia del progenitor en fines de semana alternos.
3. La cantidad de 120 euros mensuales en concepto de pensión de alimentos en favor del hijo.
4. Uso del domicilio familiar para el hijo y la madre.

Medidas éstas de carácter civil que tendrán una vigencia de 30 días, prorrogables por otros 30 según desarrolla el artículo 544.ter apartado 7 de la LECrim.

8.3 ¿Por qué no prorrogamos las medidas civiles?

De la redacción del último párrafo del apartado 7 del artículo 544.ter de la LECrim que establece la vigencia de las medidas cautelares de carácter civil pueden surgir varios interrogantes a

la hora de pensar en porqué nosotros como abogados defensores de la víctima de malos tratos no hemos prorrogado dichas medidas civiles presentando la demanda de divorcio.

Nuestro caso se trata de un problema familiar complejo para el que puede que la lógica, a veces, no sea una buena aliada. La orden de protección y las correspondientes medidas civiles comenzaron cumpliéndose de manera adecuada pero con el tiempo nuestra cliente comenzó a observar en su hijo una actitud extraña cada vez que volvía de pasar tiempo con su ex pareja. Así, tras varias conversaciones con el menor, tuvo conocimiento de las actividades que tanto el padre como sus amigos le obligaban a hacer, actividades que no benefician al desarrollo personal e intelectual del menor y que tampoco son acordes a su edad.

Es en este momento del procedimiento cuando era conveniente interponer la demanda de divorcio y por consiguiente establecer una medidas provisionales puesto que las medidas cautelares civiles ya no estaban vigentes. No obstante, el interrogante que surge aquí sobre porque no prorrogar estas medidas tiene una explicación más moral que lógica. Una vez fuera de los treinta días, nuestra cliente comenzó a impedir que su ex pareja viese a su hijo, lo cual incrementó el acoso constante por parte del marido en forma de pintadas, publicaciones en redes sociales y amenazas a través del mismo y de terceros enviados por él. Ante esta situación, somos nosotros los que aconsejamos a nuestra cliente que no interponga la demanda de divorcio puesto que, aunque por nuestra parte intentaríamos por todos los medios legales una regulación de las medidas limitando los derechos del padre con respecto al hijo, no podríamos garantizar por parte de los tribunales una regulación tan estricta.

En todo este camino, lo que nosotros hemos buscado es, alejar a la cliente y a su hijo menor de edad de cualquier contacto con su ex pareja, puesto que algunas veces tenemos que valorar que no todo gira en torno al dinero y que una pensión mensual no sirve como compensación de pasar un rato desagradable. Este es el motivo por el cual, debido al riesgo y la sensación de intranquilidad que nuestra cliente estaba sufriendo, nos vemos obligados a aconsejarle que utilice la protección y atención que ofrece la red de centros del Servicio Integral de Atención y Acogida a las Mujeres Víctimas de Violencia de Género del Instituto Andaluz de la Mujer. Se trata de facilitar a las mujeres en situación de emergencia una alternativa de residencia que, con carácter temporal, sirvan como apoyo social, jurídico, personal y psicológico así como de asesoramiento para la integración en la sociedad de dichas víctimas. *“No pueden dejarlos atrás, sobre todo a los niños, porque si la madre ve cómo actúa, sabe que si lo hace con ella después irá a por los pequeños. Un maltratador no puede ser un buen padre nunca, porque afecta no solo a nivel físico, también*

mental y educativo, pues no suele preocuparse de ello” son las palabras de Encarna Quesada⁷, presidenta de la Asociación de Mujeres Progresistas contra la Discriminación y la Violencia de Género. Por lo tanto, se trata de una asistencia completa no sólo a madres e hijos sino también a cualquier persona que tengan a su cargo.

8.4 Información recibida por la cliente

Desde un punto de vista general de la violencia de género, el principal problema que toda persona tiene a la hora de tomar la decisión de llevar hacia adelante un divorcio es la incertidumbre que trae consigo. En la práctica diaria es frecuente que la víctima de malos tratos no cuente con la suficiente valentía para acudir por sí misma a buscar asesoramiento jurídico sobre el tema y aún más habitual, que sean los propios familiares, amigos e incluso su propio abogado quien la inste a tomar la decisión.

Con esta introducción parece que intentamos dar respuesta a un problema que a nuestro juicio tiene una fácil solución cuando no es para nada así. Si observamos los datos recogidos en la Memoria Anual de la Fiscalía años atrás, podemos ver que el número de mujeres asesinadas por sus parejas o ex parejas no se corresponde en absoluto con el número de denuncias que se interpusieron. Así, por ejemplo, en 2014 se registró la muerte de 55 mujeres de las cuales sólo diez habían denunciado, en 2013 fueron 52 las mujeres que murieron por esta causa y tan sólo otras diez denuncias. Hemos visto dos años escogidos al azar pero lo cierto es que no se trata de un ejemplo aislado.

Como hemos comenzado esta pregunta, la incertidumbre que rodea a las mujeres víctimas de violencia de género a menudo va más allá de ellas mismas. Habitualmente vemos como una mujer se derrumba porque su hijo menor no comprende porque sus padres discuten tanto y suplica a su “mamá” que no deje a “papá”. Si observamos los datos de la fiscalía antes mencionados, la mayoría de las denuncias que se han presentado tienen un alto porcentaje de mujeres que desean retirar la denuncia, no declarar o incluso negarse a ser examinadas por el médico forense. Es por esto que antes de juzgar a la ligera esta crisis de desigualdad, puesto que es la propia estadística la que nos puede hacer ver que no estamos ante un problema matemático con una solución clara y

7 Quesada Martínez, Encarna. Presidenta de la Asociación de Mujeres Progresistas Contra la Discriminación y la Violencia de Género (2017, agosto 7), entrevista con Enara López (Diario Jaén). Recuperado de <http://www.diariojaen.es/jaen/un-hogar-para-mujeres-maltratadas-AN3096255>

única, tendríamos que preguntarnos cómo podríamos evitar el sentimiento de culpa que invade a una mujer cuando denuncia.

El objeto de esta cuestión trata de intentar dar una respuesta más numérica, en cuanto a los beneficios y ventajas de que pueden servirse dichas víctimas, que moral a este conflicto puesto que, si lo primero que asesoraríamos a nuestra cliente que entra por la puerta del despacho buscando desesperadamente ayuda sería que se trataría de un camino de rosas, lo único que estaríamos haciendo es mintiéndole.

De esta forma, antes de comenzar con el desarrollo de los derechos de las mujeres maltratadas, la LVG hace referencia a la universalidad⁸ de dichos derechos en cuanto a que no importa sus circunstancias personales sino sólo que se trate de una mujer que haya sufrido algún acto de violencia de género. Así, según los artículos 23, 26 y 27.3 de la citada ley, es a través de la orden de protección en favor de la víctima, la sentencia condenatoria y, excepcionalmente, el informe del Ministerio Fiscal sobre la existencia de indicios de violencia de género los que hacen posible la consideración de mujer maltratada que da lugar al reconocimiento de estos derechos.

Una vez visto esto procedemos a analizar de forma escueta toda la información que recibiría una mujer que se encontrara en esta situación. No es coincidencia que sea el derecho a la información el primero que aparece regulado en la LVG puesto que se trata de dar a conocer a personas que a priori, no tienen porque conocer absolutamente nada del procedimiento. Para hacer un comentario práctico sobre este artículo, la cliente que se reúne con nosotros debe saber que existen teléfonos de contacto así como e-mail y página web para informarse sobre cualquier pregunta que tengamos, además, es interesante saber que da igual el idioma o el padecimiento de algún tipo de discapacidad ya que se tratan de servicios especializados para todo tipo de situaciones que aseguran una total confidencialidad y un servicio 24h siempre en favor de la víctima.

La finalidad de estos servicios es dar cobertura a la necesidad de emergencia que padecen las víctimas para así intentar restaurar la situación en la que se encontraban antes o, al menos, paliar sus efectos. Así, la ley que estamos comentando hace referencia al derecho a la asistencia social

8 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género, artículo 17 apartado 1. {Internet} Boletín Oficial del Estado, 29 de Diciembre de 2004, núm. 313. {Consultado el 12 de diciembre de 2017}. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760>

integral⁹ como un derecho cuyo fin es la atención, el apoyo y la recuperación total que serán ofrecidos por los distintos servicios sociales siempre con un carácter de permanencia, profesionalidad y actuación de urgencia. Se trata de garantizar un asesoramiento jurídico, social, médico y psicológico para intentar asegurar una completa reincorporación de la víctima a la sociedad.

Uno de los motivos que más preocupan a las víctimas se trata de la déficit situación económica en la que quedan. Para ello es imprescindible hablar del derecho a la asistencia jurídica gratuita¹⁰ que tienen las víctimas cuando formulan denuncia o querrela y que tendrá alcance a todo el asesoramiento y la defensa que necesiten estas mujeres para sus procedimientos así como los trámites administrativos oportunos. Así, el colegio de abogados pone a disposición de las víctimas un servicio de guardia permanente especializado cuyo fin trata de garantizar una total asistencia gratuita tanto de letrados como de los peritos que se precisen.

Desde el punto de vista laboral, otro de los factores que más preocupan a las víctimas de malos tratos, el Estatuto de los Trabajadores (ET, en adelante) recoge una serie de derechos mínimos que toda mujer que sea amparada por la LVG debe conocer. Así, entre otros, debemos saber que las ausencias o las faltas de puntualidad estarán justificadas además de estar reconocida la posibilidad de tener un horario flexible, con su proporcional disminución salarial, que se adapte a nuestras necesidades para hacer compatible nuestra vida laboral con nuestra situación personal. Por otro lado, las mujeres víctimas de malos que se vean obligadas a abandonar su puesto de trabajo tendrán derecho a una posición preferente en ocupar otro puesto de la misma condición que la empresa tenga destinado en otro lugar distinto o a guardar el suyo propio durante un periodo de seis meses. Se trata de dar un rápido vistazo a una larga lista de derecho laborales que hoy en día protegen la situación de las mujeres¹¹.

9 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género, artículo 19 apartado 2. {Internet} Boletín Oficial del Estado, 29 de Diciembre de 2004, núm. 313. {Consultado el 12 de diciembre de 2017}. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760>

10 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género, artículo 20. {Internet} Boletín Oficial del Estado, 29 de Diciembre de 2004, núm. 313. {Consultado el 12 de diciembre de 2017}. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760>

11 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de Octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, artículos 37.8, 40.4, 45.1.n), 48.10, 49.1.m), 52.d), 53.4 y 55.5. {Internet} Boletín Oficial del Estado, 24 de Octubre de 2015, núm. 255. {Consultado 12 de diciembre de 2017}. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

Continuando el análisis de la mujer en su puesto de trabajo, la LVG también hace referencia a un programa específico de empleo¹² con el que se busca la inserción socio laboral de las víctimas que se encuentran como demandantes en los servicios públicos de empleo. Se trata de un método individualizado de formación para favorecer la vuelta al trabajo por cuenta ajena, además de, incentivar el inicio de las actividades por cuenta propia o a las empresas para contratar mujeres víctimas de violencia de género.

Otro punto a tratar, en el análisis de los derechos reconocidos a mujeres víctimas de violencia de género, pasaremos a hablar de los llamados derechos económicos de las mujeres maltratadas a través de los cuales la LVG reconoce el derecho de las mismas, que se encuentren en una difícil situación personal para obtener un empleo dada su falta de preparación personal o social y que cuyas rentas no superen el 75% del salario mínimo interprofesional, a recibir una ayuda en un pago único. Además, según el Real Decreto 1369/2006 de 24 de noviembre, las mujeres que puedan acreditar su condición de mujeres víctimas de violencia de género y reúnan los requisitos necesarios podrán tramitar la Renta Activa de Inserción¹³, un programa encaminado a incrementar las oportunidades de reincorporación al mercado laboral. Por último, se reconoce el derecho a las víctimas al acceso a una vivienda protegida y residencias públicas para mayores con carácter prioritario.

Finalmente, es importante señalar que cuando hablamos de víctimas de violencia de género inmediatamente nos viene a la cabeza la imagen de una mujer que sufre malos tratos pero, esto no siempre es así. Otras de las víctimas directas de la violencia machista son los hijos los cuales son objetivo claro de esta manifestación clara de desigualdad entre el hombre y la mujer. Por este motivo, la LVG tiene recogidos una serie de derechos en favor de los hijos que son interesantes de conocer pero que debido a la extensión sólo podré enumerar los artículos en los que aparecen desarrollados: artículos 5, 7, 14, 19.5, 61.2, 63, 65 y 66.

12 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género, artículo 22. {Internet} Boletín Oficial del Estado, 29 de Diciembre de 2004, núm. 313. {Consultado el 12 de diciembre de 2017}. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760>

13 Renta Activa de Inserción: es una ayuda para desempleados en situación de necesidad económica y que tienen dificultades para acceder al nuevo mercado de trabajo. Disponible en: http://www.seg-social.es/Internet_1/Trabajadores/Trabajadoresdelmar/EmpleoyDesempleo/Desempleo/RentaActivadeInserc49698/index.htm

DERECHOS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

Aunque se trata de un derecho más dentro de una extensa regulación, es conveniente hablar en un apartado distinto de la misma pregunta, de derechos que se regulan en favor de las víctimas de violencia de género y que, por otra parte, no están libres de polémica. Ahora pasaremos a hablar de los llamados derechos en materia de la Seguridad Social, motivo por el cual, es amplio y ferviente el debate tanto político como económico que se lleva a cabo debido al gran número de denuncias presuntamente falsas que cada día se presentan.

De forma enumerada, estos son los derechos que aparecen recogidos en materia de seguridad social:

- Cotización efectiva a efectos de prestaciones de la seguridad social del periodo de suspensión del puesto de trabajo con reserva del puesto de trabajo de las trabajadoras por cuenta ajena¹⁴.
- Los trabajadores por cuenta propia podrán suspender durante seis meses, su obligación de cotizar a la seguridad social para hacer efectiva su asistencia social integral¹⁵.
- Suscripción de convenio especial con la seguridad social para mujeres víctimas de violencia de género que han visto reducido proporcionalmente su salario por disminución de las horas trabajadas¹⁶.
- Derecho a pensión de jubilación anticipada para mujeres que extingan su contrato de trabajo de manera anticipada por motivos ajenos a ellas¹⁷.

14 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de Octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la Seguridad Social, artículo 165.5. {Internet} Boletín Oficial del Estado, 31 de Octubre de 2015. {Consultado el 12 de diciembre de 2017}. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724>

15 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género, artículo 21 apartado 5. {Internet} Boletín Oficial del Estado, 29 de Diciembre de 2004, núm. 313. {Consultado el 12 de diciembre de 2017}. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760>

16 Orden TAS/2865/2003, de 13 de Octubre, por la que se regula el Convenio Especial en el Sistema de la Seguridad Social. {Internet} Boletín Oficial del Estado, 18 de Octubre de 2003. {Consultado el 12 de diciembre de 2017}. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-19281>

- Derecho a pensión de viudedad en los supuestos de separación, divorcio o nulidad¹⁸.

Aunque será motivo de debate en las conclusiones de este dictamen, la enumeración antes realizada está en el punto de mira. No son pocas las alarmas que cada día suenan en los órganos de la seguridad social sobre posibles denuncias falsas por malos tratos cuyo único fin es conseguir una pensión de por vida. De esta forma, es posible recurrir a la violencia de género como motivo de peso para una jubilación anticipada no voluntaria así como para reclamar una pensión de viudedad para la cual, los requisitos para obtenerla son mucho más sencillos.

*"La existencia de denuncias por actos constitutivos de violencia de género constituye un serio indicio de que la misma ha existido"*¹⁹ es la nueva doctrina que sigue el Tribunal Supremo aunque según la cual, esto no significa que las mismas sean consideradas como única prueba en sí. Así, según continúa el Alto tribunal, no será necesaria la existencia de una sentencia condenatoria como requisito para conceder esta pensión, es decir, para los casos en los que no existiera dicha condena o los casos en que las denuncias sean retiradas los medios de prueba que se permitirían serían mucho más flexibles. *"Ello hace que, en nuestro criterio, el panorama indiciario de violencia permanezca como si esta sentencia absolutoria no existiera"*, son las palabras con las que concluye el Supremo mediante las cuales se abre un camino de esperanza para muchas mujeres maltratadas sin sentencia que podrán valerse de cualquier medio de prueba para demostrar que fue víctima de violencia de género.

8.5 Contestación a la demanda de medidas provisionales

En la última de las cuestiones planteadas en este dictamen, procedemos a contestar a la demanda, a la que se ha hecho referencia en los antecedentes de hecho, de siete de febrero de 2017

17 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de Octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la Seguridad Social, artículo 207. {Internet} Boletín Oficial del Estado, 31 de Octubre de 2015. {Consultado el 12 de diciembre de 2017}. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724>

18 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de Octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la Seguridad Social, artículo 220. {Internet} Boletín Oficial del Estado, 31 de Octubre de 2015. {Consultado el 12 de diciembre de 2017}. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724>

19 Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia número 22/2016 de 20 de enero de 2016. ID en CENDOJ: 28079140012016100004. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7594433&link=s=%22ANTONIO%20VICENTE%20SEMPERE%20NAVARRO%22&optimize=20160208&publicinterface=true>

de medidas provisionales previas por parte de D. Javier Melero Espinosa contra nuestra cliente en base a regularizar la situación paterno filial que hoy en día está completamente rota.

El artículo 771 de la LEC establece el procedimiento a seguir en una demanda de medidas provisionales previas como la que acontece en nuestro caso. En concreto, su apartado número 3 dice que *“en el acto de la comparecencia a que se refiere el apartado anterior, si no hubiere acuerdo de los cónyuges sobre las medidas a adoptar o si dicho acuerdo, oído, en su caso, el Ministerio Fiscal, no fuera aprobado en todo o en parte por el Tribunal, se oirán las alegaciones de los concurrentes y se practicará la prueba que éstos propongan y que no sea inútil o impertinente, así como la que el Tribunal acuerde de oficio. Si alguna prueba no pudiera practicarse en la comparecencia, el Secretario judicial señalará fecha para su práctica, en unidad de acto, dentro de los diez días siguientes.*

La falta de asistencia, sin causa justificada, de alguno de los cónyuges a la comparecencia podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por el cónyuge presente para fundamentar sus peticiones sobre medidas provisionales de carácter patrimonial”. Así, este será el precepto que debemos usar para nuestro caso en concreto y proceder a la contestación a la demanda de medidas provisionales previas que haremos en dicha comparecencia.

A continuación, vamos a realizar la contestación a la demanda de manera práctica como se haría en el propio acto de la vista manifestando nuestra disconformidad con las medidas solicitadas de contrario y utilizando los argumentos jurídicos oportunos.

MEDIDAS PROVISIONALES O PREVIAS Nº 12/17

Fecha: 16 de febrero de 2017.

Con la venia señoría, para contestar a las medidas planteadas por la parte contraria, manifestando no estar conforme con las mismas en base a lo siguiente:

Guarda y custodia del menor

a) Mostramos nuestra absoluta disconformidad con el argumento presentado de contrario pues si bien el padre, no sólo no ha aportado nada en los últimos meses desde que se presentó la demanda por malos tratos sino que, desde su nacimiento, el menor siempre ha estado al cuidado de la madre la cual ha sido quien se ha preocupado de sus necesidades básicas necesarias para su desarrollo personal y académico así como de ser siempre la que ha mostrado predisposición para acompañar al menor en cada una de las circunstancias o eventos que han ocurrido en su vida.

b) Con respecto a las denuncias a que se refiere el apartado b) de la demanda de medidas provisionales previas, esta parte muestra su total disconformidad puesto que consideramos necesario aclarar que las mismas, tan inciertas como desmedidas, fueron interpuestas a modo de venganza personal como consecuencia de la denuncia por malos tratos que interpuso mi cliente y que, por lo tanto el demandante tendrá que probar las graves acusaciones que hace.

No debemos perder de vista que, es debido al acoso y a la instigación que sufre mi representada como consecuencia de la denuncia de malos tratos, que la misma se encontraba en un recurso de acogida²⁰ junto a su hijo debido a que el demandante incumplió la orden de alejamiento y, por si fuera poco, en varias ocasiones realizó pintadas ofensivas en la fachada del domicilio familiar, así como publicaciones falsas a través de las redes sociales minando la salud psicológica de mi cliente además de ridiculizar la opinión pública que sus vecinos podrían tener de ella minimizando, aún más si cabe, la posibilidad de madre e hijo de volver a emprender una vida normal y libre de temores.

Además, es conveniente señalar llegados a este punto, que mi cliente y su hijo se encuentran actualmente en una casa de acogida, un centro diseñado con la finalidad de dar refugio y atención a las víctimas de violencia de género que no pueden continuar su vida normal en su domicilio habitual debido a diversos factores entre los que se encuentran el miedo por volver a encontrarse con su ex pareja y que, en base al interés del menor y debido a lo bien que se ha adaptado al lugar donde se encuentra, la guarda y custodia debería seguir siendo de la madre, teniendo en cuenta que todo procedimiento que gire en torno a la guarda y custodia del menor debe decidirse siempre en aras del interés del mismo.

c) Sobre este punto, esta parte muestra su desavenencia pues si bien entiende que, según estudios de psicólogos realizados en numerosas ocasiones, hay ciertas edades en las que no es conveniente que se otorgue la custodia compartida. La corriente mayoritaria coincide en que con una custodia compartida se intenta proteger el núcleo familiar y la cooperación de ambos progenitores con el menor pero advierten que en edades tempranas, es necesario preservar el ritmo de asimilación que tienen los hijos y además se hace referencia a la figura principal de la familia. Para un menor de temprana edad como es el caso que nos ocupa, la figura principal a la que tiene

20 Recurso de acogida: “los recursos de acogida, son lugares donde se lleva a la mujer, en espera de una casa de acogida, es como si dijéramos es el primer paso para determinar un lugar definitivo, puesto que hay que buscar donde hay sitio y que sea el adecuado”.

más apego es la de la madre, entendiendo por esto los profesionales que, si separásemos al hijo de la madre conseguiríamos un resultado más desestabilizador que beneficioso para el menor.

d) Esta parte muestra su total desacuerdo con el correlativo puesto que si bien no han sido suficientes los argumentos presentados anteriormente en la demanda, volvemos a hacer hincapié en que lo que se busca con todo este procedimiento es conseguir la situación más beneficiosa para el menor para lo cual, ha quedado demostrado que el hijo común de la pareja se ha adaptado perfectamente a la casa de acogida, dejando atrás los episodios de violencia que ha vivido en su entorno familiar y que no debemos cambiar su entorno a la ligera puesto que lo que conseguiríamos sería un ambiente confuso para el menor.

Con respecto a la custodia compartida que se ha solicitado de manera subsidiaria por el demandante, esta parte no muestra conformidad puesto que consideramos absolutamente perjudicial para el desarrollo y evolución del menor su aplicación. Así, como adelanta el Tribunal Supremo, la aplicación de la custodia compartida no puede venir acompañada únicamente de una petición sino que es necesario determinar un plan de actuación compatible con el menor. En tal sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 2014 establece que la *“obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y la ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas”*²¹ que utilizaríamos para probar la necesidad y la conveniencia de ese modelo. De manera que evitemos buscar un perjuicio entre cónyuges y nos centremos en lo que verdaderamente importa en este procedimiento que es el interés del menor como concluye en 2010 el Tribunal Supremo al añadir *“la guarda compartida no consiste en «un premio o un castigo» al progenitor que mejor se haya comportado durante la crisis matrimonial, sino en una decisión,*

21 Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia número 579/2014 de 15 de octubre de 2014. ID en CENDOJ: 28079110012014100569. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7238101&links=&optimize=20141230&publicinterface=true>

ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determinan lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el interés del menor”²².

El tema de la guarda y custodia de los hijos ha sido un tema que nunca ha estado excluido de polémica. Por este motivo, debemos señalar que ha sido el propio Tribunal supremo el que ha intentado sentar un criterio único a seguir por el resto de tribunales. Así, en su interpretación del artículo 92 del Código Civil establece que *“no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”²³*. El Tribunal Supremo ha venido a establecer las bases para otorgar una custodia compartida aunque esto habría de aplicarse caso por caso. De esta manera, esta parte considera que si bien, la custodia compartida debe ser lo más normal y deseable para el menor, debemos estudiar el componente subjetivo del caso y decidir qué es lo más conveniente para el menor como pilar fundamental a la hora de dictaminar una solución. Por este motivo, entendemos que la ruptura en la relación sentimental de los padres puede ocasionar un gran fracaso en el desarrollo personal de los hijos pero, hay ocasiones en la que debemos medir con una balanza entre el riesgo potencial que puede experimentar el menor y el perjuicio, no sabemos de que magnitud, en el desarrollo personal del mismo.

El resultado del informe del equipo psicosocial de los juzgados, aunque no es decisivo, es una pieza clave para determinar a quién se otorga la custodia del menor. De esta forma, se trata de un informe que nos revela los criterios a seguir para ver lo más beneficioso para los hijos a partir de la respuesta a los siguientes interrogantes: cuál es la relación de los cónyuges, la edad de los menores y el número de hijos, qué prefieren los menores, cuál ha sido la relación anterior con el menor, la disponibilidad de los padres, que la educación de los mismos por parte de los padres sea similar, la cercanía de los domicilios de los progenitores y el cumplimiento anterior de las obligaciones con sus hijos.

22 Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia número 94/2010 de 11 de marzo de 2010. ID en CEDNDOJ:28079110012010100108. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.actionaction=contentpdf&databasematch=TS&reference=5141272&link=s=&optimize=20100325&publicinterface=true>

23 Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia número 257/2013 de 29 de abril de 2013. ID en CENDJOJ: 28079110012013100242. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.actionaction=contentpdf&databasematch=TS&reference=6715184&link=s=&optimize=20130523&publicinterface=true>

Analizando este informe a nuestro caso concreto consideramos que no es procedente una guarda y custodia compartida y mucho menos que se le atribuya de forma única al padre en base a que la respuesta a los criterios seguidos por los tribunales no muestran, en absoluto, un beneficio para el menor en caso de que se otorgase dicha custodia compartida. *“La custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. Pero ello no impide a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos. Para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial”*²⁴ fue el argumento que utilizó el Tribunal Supremo para definir como requisito principal, la buena relación de los progenitores en la custodia compartida para poder actuar de común acuerdo en el desarrollo personal del menor. Es por eso que esta parte quiere resaltar que fue por culpa de unas agresiones a nuestra cliente y por las actividades que su ex pareja realizaba con el menor por lo que se dejó de hacer efectivo el régimen de visitas que se estableció en el juzgado de violencia y que, en estos momentos, madre e hijo se encuentran en una casa de acogida sin que el demandante tenga conocimiento alguno acerca del paradero de la misma. Esto es prueba más que suficiente para verificar que la relación entre los progenitores está del todo terminada y que, ya en otras ocasiones se ha demostrado el interés del menor de vivir con la madre así como la falta de aptitud del padre para hacerse cargo de los cuidados mínimos que un hijo necesita.

De este modo, siguiendo la línea jurisprudencial que podemos encontrar en las sentencias dictadas sobre este tema por el Tribunal Supremo vemos que en 2013 declaró *“la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”*²³. Así,

24 Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia número 294/2017 de 12 de mayo 2017. ID en CENDOJ: 28079110012017100292. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8033437&links=&optimize=20170526&publicinterface=true>

en 2016 añade a su criterio que *“la adopción del sistema de custodia compartida requiere una mínima capacidad de diálogo, para no perjudicar el interés del menor, y en el presente caso no se puede pretender un sistema compartido de custodia cuando las partes se relacionan solo por medio de SMS y de sus letrados, lo que abocaría al fracaso de este sistema que requiere un mínimo de colaboración que aparque la hostilidad y apueste por el diálogo y los acuerdos”*²⁵. Como hemos visto, la línea a seguir por el Tribunal Supremo no hace más que fundamentar nuestra total disconformidad con la petición de la parte demandante de obtener la custodia compartida del menor e impulsar nuestro argumento de que el desarrollo del hijo común de ambos progenitores se vería mermado por la toma de una decisión en tal camino.

Por último, continuando con el debate sobre la custodia compartida pedida de manera subsidiaria por el demandante, esta parte hace especial referencia a la sentencia que dictó la Sala 1ª del Tribunal Supremo en 2016 por la que se establece la incompatibilidad²⁶ de compartir guarda y custodia cuando hay una condena por un delito de violencia en el ámbito familiar. Esto no puede parecer un argumento a la ligera sino que tiene todo su fundamento en que la existencia de violencia en el ámbito familiar es signo evidente de que ha existido violencia sobre los hijos. Es decir, el menor sería víctima, directa o indirectamente, por lo que la adopción de un sistema de custodia compartida colocaría al menor en una situación potencial de riesgo tal como lo sufre la madre.

Siguiendo esta corriente, el Convenio de Estambul²⁷ expone en su preámbulo que *“los niños son víctimas de la violencia doméstica, incluso como testigos de violencia dentro de la*

25 Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia número 143/2016 de 9 de marzo 2016. ID en CENDOJ: 28079110012016100147. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7628739&links=&optimize=20160329&publicinterface=true>

26 Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia número 36/2016 de 4 de febrero 2016. ID en CENDOJ: 28079110012016100010. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7596518&links=&optimize=20160210&publicinterface=true>

27 Convenio Estambul: El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), abierto a la firma en Estambul el 11 de mayo de 2011, entrará en vigor de forma general y para España el 1 de agosto de 2014, ya que se ha alcanzado el número mínimo de diez Estados miembros de la organización que lo han ratificado, tal y como estipula el artículo 75 del Convenio. La importancia del Convenio estriba en que supone el primer instrumento de carácter vinculante en el ámbito europeo en materia de violencia contra la mujer y la violencia doméstica, y es el tratado internacional de mayor alcance para hacer

familia” por lo que, esta parte esta de acuerdo en señalar que la violencia que un menor experimenta en su entorno familiar es directamente perjudicial para el mismo y, aunque hay que estudiar caso por caso, la retirada de la patria potestad que contempla el Convenio mencionado en su art. 45.2 debería ser aplicable a nuestro caso en concreto puesto que, cumpliendo con los requisitos de legalidad y proporcionalidad, consideramos que existe un verdadero riesgo para el menor, alcanzando así el objetivo principal de este proceso que es buscar el interés del menor.

Así, el apartado 7 del artículo 92 del CC dice que *“no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos”*. Asunto sobre el que la jurisprudencia contempla varias posturas pero bastante similares entre ellas²⁸.

De igual modo y en virtud de los artículos 61, 65 y 66 de la LVG, se solicita la suspensión de la Patria Potestad, la guardia y custodia compartida, al no caber dicha situación, atribuyéndose ésta a la madre y de igual forma se suspenda el régimen de visitas al padre, como medida cautelar, mientras madre e hijo se encuentren en una casa de acogida debido a la difícil situación que están viviendo²⁹.

frente a esta grave violación de los derechos humanos, estableciendo una tolerancia cero con respecto a la violencia hacia la mujer.

Instrumento de ratificación del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. {Internet} Boletín Oficial del Estado, 6 de junio de 2014, núm. 137. {Consultado el 14 de diciembre de 2017}. Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-5947

28 Precedentes en que no se han concedido custodia compartida por existir un proceso penal en curso:

Audiencia Provincial de Baleares (Sección IV, procedimiento Civil). Sentencia número 155/2015 de 5 de mayo 2015. ID en CENDOJ: 07040370042015100152. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7391396&links=&optimize=20150528&publicinterface=true>

29 Precedentes que valoran las la circunstancias y situaciones personales de las partes pese a existir un procedimiento penal en curso:

Audiencia Provincial de Madrid (Sección XXII, recurso de apelación). Sentencia número 275/2015 de 20 de marzo de 2015. ID en CENDOJ: 28079370222015100267. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7354386&links=&optimize=20150422&publicinterface=true>

SUBSIDIARIAMENTE, para el caso de no acceder a lo solicitado, se pide la guarda y custodia para madre con un régimen de visitas estricto en beneficio del menor de un fin de semana al mes.

Atribución del domicilio familiar

En cuanto a la atribución del domicilio familiar esta parte es consciente de la situación actual del mercado laboral y de los perjuicios económicos que ocasionaría al demandante la atribución del domicilio familiar a mi cliente. No obstante, consideramos que el riesgo de nuestra cliente y su hijo tiene primacía sobre un hipotético perjuicio económico por lo que, se vuelve a hacer referencia a lo argumentado para el régimen de custodia compartida, poniendo de manifiesto que en estos momentos mi representada se encuentra viviendo en una casa de acogida a la espera de poder volver a su domicilio habitual con la total tranquilidad de saber que no tendrá que volver a cruzarse con su ex pareja ya que, es debido al miedo y temor fundado que los actos del demandante han provocado, que hoy en día nos encontremos en esta sala.

El artículo 96 del CC establece *“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”*. Así, argumentando en base a lo establecido por el CC, esta parte quiere señalar que la relación entre los cónyuges está absolutamente rota y no hay posibilidad de que exista un trato formal por lo que considera que la custodia debería ser para la madre y por lo tanto, la atribución del domicilio familiar a la misma junto con su hijo.

Además, siguiendo las palabras del Tribunal Supremo en una sentencia de junio de 2013, el interés del menor *"es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sino similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar , sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y*

futuros”³⁰, por lo que en base a esto, esta parte resalta que la atribución de la custodia a la madre así como la posibilidad de que el menor vuelva al domicilio familiar junto a ella sería lo más favorecedor para conseguir que el hijo vuelva a retomar su vida diaria y poder olvidar, si cabe con el tiempo, los episodios de violencia y situaciones críticas que ha vivido en su hogar.

Régimen de visitas

El camino seguido por el Tribunal Supremo para interpretar un posible conflicto en cuanto al régimen de visitas adoptado en caso de violencia de género es que “*el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes*”³¹. La posibilidad de limitar o suspender el régimen de visitas que tenga el progenitor no custodio cuando estemos en circunstancias graves, viene regulado por el artículo 94 del CC y en el 544 quinquies de la LECrim por lo que esta parte considera que estar a la espera de una sentencia condenatoria por un delito de malos tratos es una circunstancias notablemente grave para que se suspenda el derecho de visitas del padre. Además, según la redacción literal del artículo 65 de la LVG se hace referencia a la posibilidad de suspensión del régimen de visitas “al inculcado por violencia de género”, entendiendo inculcado como el sujeto contra el que se inicie un procedimiento penal contra él y que esté en curso. Por lo tanto, esta parte considera aplicable al caso la suspensión del régimen de visitas aun cuando no se haya dictado una sentencia condenatoria por malos tratos.

Por lo tanto, consideramos que si bien ahora mismo estamos hablando de una situación de malos tratos la que nos ha llevado a este procedimiento, nadie sabe como podría evolucionar la pirámide de violencia que en su día vivió mi clienta y que, por todos los acontecimiento vividos con posterioridad a la denuncia, esa agresión nos da indicios para considerar que su integridad física esta en serio peligro y, con ella, la de su hijo. Por consiguiente, creemos que no es conveniente

30 Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia número 426/2013 de 17 de junio de 2013. ID de CENDOJ: 28079110012013100349. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6774658&links=&optimize=20130702&publicinterface=true>

31 Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia número 680/2015 de 26 de noviembre de 2015. ID de CENDOJ: 28079110012015100638. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7548165&links=&optimize=20151207&publicinterface=true>

establecer ningún régimen de visitas puesto que, en base al nuevo aire renovado de la doctrina y la reforma en la legislación sobre violencia de género, es posible considerar a los hijos de una mujer maltratada como víctima directa de esa violencia y por lo tanto, establecer la primacía de proteger al menor en lugar de conservar los derechos del padre. Así, el Tribunal Supremo establece *"que los hijos se ven afectados por ser testigos de violencia de género y que se pueden convertir en maltratadores"*³² lo que si bien no lo vamos a utilizar como una ley no escrita, si que podemos aventurar que un padre maltratador no es un buen padre y que cada vez es mayor el número de casos en que estos padres utilizan a sus hijos como nuevos focos para emplear violencia contra ellos con el único objetivo de dañar a su ex pareja.

Pensión de alimentos

Al quedar el hijo bajo guarda y custodia de la madre y, conociendo la situación económica del demandante el cual dispone de tierras para explotar, esta parte solicita que se abone la cantidad de 200 euros mensuales al menor en concepto de pensión de alimentos por parte del padre. Dicha cantidad se considera apropiada para que el bienestar socio-económico del menor no sea alterado por la separación de los progenitores.

La pensión de alimentos será revisada anualmente conforme al IPC, incrementándose lo que éste se fije para cada año y siempre a partir del año de fecha de la sentencia de divorcio.

No obstante, ambos progenitores contribuirán al 50% en los gastos extraordinarios del hijo, siempre y cuando los mismos se encuentren suficientemente justificados, previa exhibición de la correspondiente factura y, serán de obligado cumplimiento sin necesidad de consenso los siguientes: libros, matrículas, material didáctico de principio de curso derivado de los estudios primarios, secundarios y universitarios, uniformes si los hubiere y aquellos gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social (medicinas, gafas, gastos dentales, etc).

Serán consensuados los gastos derivados de deporte, academias formativas no necesarias, viajes extraescolares, campamentos de verano, etc. En caso de no haber consenso, el progenitor que quiera que alguno de sus hijos desarrolle estas actividades deberá cubrir la totalidad de dicho gasto, siempre y cuando la actividad, deporte, viaje u otro acontecimiento no perjudique al hijo.

32 Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia número 11/2016 de 21 de enero de 2016. ID de CENDOJ: 28079120012016100003 . Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7586021&links=&optimize=20160128&publicinterface=true>

Por todo lo expuesto solicitamos el recibimiento del pleito a prueba

- Pruebas

1. Solicitar, se expida testimonio a este Juzgado de las Diligencias Previas 486/2016 para traerlas a este procedimiento al estar todo relacionado y fundamentar lo argumentado.

2. Solicitar la exploración del menor en base a los preceptos legales desarrollados por la Ley de Protección Jurídica del Menor³³ y el Convenio de los Derechos del Niño³⁴.

Esta parte es consciente de que la exploración de un menor nunca es plato de buen de gusto para el mismo puesto que se puede dar una situación notablemente incómoda para el menor pero debido a las circunstancias que se están analizando en este procedimiento y puesto que el mismo también ha sido víctima de violencia consideramos procedente la exploración del menor como prueba admisible en este caso ya que es el hijo conjunto de las partes el que por sí mismo ha advertido en varias ocasiones que siente miedo al ver a su padre. De este modo, existen precedentes legales para la admisión de este medio de prueba por los que según la doctrina del Tribunal Supremo *“cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio. Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada”*.³⁵

Además, al tratarse de un menor de edad y en concreto, menor de 12 años, esta parte quiere poner de manifiesto que se trata de un menor lo suficientemente maduro como para poder entender

33 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, artículo 9 apartado 1. {Internet} Boletín Oficial del Estado, 17 de enero de 1996, núm. 15. {Consultado el 15 de diciembre de 2017}. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>

34 Instrumento de Ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, artículo 12. {Internet} Boletín Oficial del Estado, 31 diciembre de 1990, núm. 313. {Consultado el 15 de diciembre de 2017}. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1990-31312

35 Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia número 427/2015 de 10 de julio de 2015. ID de CENDOJ: 28079110012015100389. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7436937&links=&optimize=20150717&publicinterface=true>

la compleja situación familiar que se está viviendo aquí. Por otra parte, el objetivo de esta exploración será que este Juzgado pueda conocer las actividades que el menor hacía con su padre cuando se veían para demostrar que no es un hecho inventado y que ha caído en el olvido. En tal sentido, el Tribunal Supremo establece su propia idea sobre el caso cuando dice “*la audiencia a los menores de doce años, no depende de lo que el tribunal piense sobre ellos, sino de que tengan suficiente juicio para opinar sobre su situación*”³⁶ por lo que consideramos que ha habido otros precedentes en los que se ha permitido la exploración a menores cuando se decidan sobre circunstancias que afectan directamente al interés del mismo y tenga suficiente juicio como para poder ser tenidos en cuenta en un proceso judicial en el que se decida sobre circunstancias que les afecten directamente a ellos.

3. Declaración de la parte demandante Dº. Javier Melero Espinosa como testimonio fundamental para conocer todos los hechos acaecidos.

Informe oral

Con la venia, y para no ser reiterativos, damos por reproducidas las medidas que se han solicitado al inicio de las vistas, teniendo en cuenta que hay un procedimiento penal instruyéndose.

Esta sería la contestación que nosotros haríamos sobre la marcha en la vista y con la que trataríamos de conseguir unas medidas provisionales previas beneficiosas para nuestra cliente que posteriormente intentaremos que se eleven a definitivas con la formulación de la demanda de divorcio.

36 Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia número 663/2013 de 4 de noviembre de 2013 ID de CENDOJ:28079110012013100597. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6877048&links=&optimize=20131111&publicinterface=true>

9. CONCLUSIONES

9.1 Orden de alejamiento ¿realidad?

La pena privativa de libertad, la prohibición de residir en determinados lugares, la orden de alejamiento o prohibición para acercarse a determinados lugares relacionados con la víctima así como comunicarse con la misma y la suspensión para portar armas son las medidas utilizadas por la LVG para garantizar la integridad de las víctimas. Según los datos recabados por el Observatorio Contra la Violencia Doméstica y de Género³⁷, en el segundo trimestre del año 2017 se recibieron 42.689 denuncias de las cuales se adoptaron 16.217 medidas penales y tan sólo 11.776³⁸ órdenes de alejamiento.

Aún así, la orden de alejamiento se ha convertido en una de las medidas judiciales más usadas para luchar contra la violencia de género en la sociedad actual pero, ¿realmente sirve de algo?. Cada día vemos como los informativos publican nuevos datos que no hacen mas que engrosar una larga lista de mujeres maltratadas y, no en pocos casos, mujeres asesinadas a manos de sus parejas o ex parejas que nos lleva a hacernos esta simple pregunta para la que casi nadie sabe que contestar. La renuncia de muchas mujeres a la orden de protección adoptada al reanudar la relación con su ex pareja y el bajo porcentaje de éxito por parte de los agresores hacen que se trate de una medida cargada de críticas.

Diversos sectores de la investigación sobre este tema han ido catalogando los diversos perfiles de los maltratadores a través del estudio de los hombres que han quebrantado una orden de alejamiento, sus comportamientos concretos y el nivel de violencia empleado para intentar dar una respuesta lógica y hacer un baremo que sirva para medir el riesgo potencial y evidente que puede sufrir una víctima en el presente y en el futuro con el fin de poder ser utilizado por los jueces para aplicar una medida más o menos restrictiva. Sin embargo, no se ha podido realizar un perfil

37 Observatorio Contra la Violencia Doméstica y de Género: *“es una institución creada en el año 2.002, cuya finalidad principal consiste en abordar el tratamiento de esta violencia desde la Administración de Justicia. Es un instrumento de análisis y de actuación que, en el ámbito de la Administración de la Justicia, promueve iniciativas y medidas dirigidas a erradicar el problema social de la violencia doméstica y de género”*. Página oficial del Consejo General del Poder Judicial. Recuperado de: <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/El-Observatorio-contra-la-violencia-domestica-y-de-genero/>. {Visitado en: 02/01/2018}.

38 Periódico “EL PAÍS”. 23/10/2017. Formato digital. Violencia de Género. Recuperado de https://politica.elpais.com/politica/2017/10/23/actualidad/1508747006_244736.html {Visitado en: 02/01/2018}

concreto de maltratador ni mucho menos establecer una lista para encasillar a los hombres que llevan a cabo algún tipo de violencia contra una mujer en el más amplio de sus significados. Hasta el momento, si bien es cierto que incurrir en un delito de quebrantamiento de condena al saltarse la orden de alejamiento, como ha ocurrido en el caso objeto de este dictamen, puede parecer un elemento disuasorio de llevar a cabo esta conducta, la realidad es que son muchos los casos en los que la amenaza de incurrir en un delito más grave no parece preocupar a los agresores.

La primera cuestión que podemos analizar es cómo otorgamos una orden de alejamiento si no tenemos un criterio unificado para hacerlo. *“No se especifica en dicho precepto legal la distancia mínima de aproximación, por lo que será el juez a quo quien, ponderando las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, fije dicha distancia. No obstante, dicha ponderación debe realizarse teniendo en cuenta que ha de ser el mínimo imprescindible para garantizar la efectividad de esa medida de alejamiento, intentando no limitar o cercenar otros derechos que puedan verse afectados por una distancia desproporcionada”*³⁹ es el criterio que adoptó la Audiencia Provincial de Jaén al referirse a la regulación actual sobre la orden de alejamiento.

El hecho de que sea el juez quien considere la magnitud del riesgo y por consiguiente si es preceptivo el uso del equipo electrónico que hoy en día tenemos a nuestra disposición como las pulseras GPS para controlar a los agresores, puede ser motivo de cierta inseguridad. Si observamos los datos recogidos sobre mujeres víctimas de violencia de género, hasta noviembre de 2017, han habido 44 mujeres asesinadas por sus ex parejas de las cuales sólo nueve habían denunciado⁴⁰ y a cuatro se les habían otorgado orden de protección pero ninguna usando pulsera GPS. De este modo, si existen diferentes niveles de riesgo y por consecuencia, diferentes niveles de actuación en referencia al nivel de riesgo en el que nos encontramos, cómo podemos medir la gravedad de la situación si no tenemos ningún baremo para hacerlo ni ningún criterio claro y unificado. Desde mi punto de vista no podemos considerar que una mujer a la que propinan un puñetazo tenga menos riesgo que a otra mujer a la que le dan dos golpes en vez de uno para determinar si es necesaria una mayor distancia al otorgar una orden o menos. Así, considero que las nuevas medidas políticas que

39 Audiencia Provincial de Jaén (Sala de lo Penal). Sentencia número 160/2011 de 6 de Julio. ID del CENDOJ: 23050370032011100330. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=6127221&links=&optimize=20110929&publicinterface=true>

40 Abad J.M., Galán J., Alameda D. Periódico “EL PAÍS”. 22/11/2017. Formato digital. Día contra la Violencia Machista. Recuperado en https://politica.elpais.com/politica/2017/07/24/actualidad/1500887648_549205.html

se están intentando implantar como vigilar el domicilio de la víctima o intentar controlar al presunto agresor son medidas que, si bien van encaminadas a buscar un método para que todas las víctimas tengan el mismo nivel de protección, a mi juicio no es una solución efectiva teniendo en cuenta que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no cuentan con suficientes medios y personal para llevar a cabo este despliegue y que en otros casos, son las propias víctimas quien, aunque no excluye la punibilidad de un quebrantamiento de condena como especificó el Tribunal Supremo⁴¹, vulneran esa orden de protección volviendo a ver a su pareja e incluso reanudando la convivencia.

En mi opinión, proteger el riesgo potencial de la víctima y coartar la libertad de movimiento de su ex pareja supone el debate ya infinito de interpretación de dónde empieza el derecho de uno y dónde acaba el derecho de otro. Así, ya que parece una tarea casi imposible el uso de aplicar las pulseras GPS en base a la magnitud del riesgo, se ha hablado otras veces de implantar un sistema electrónico para mujeres víctimas de violencia de género a modo de pulsera que sirva de alerta para casos críticos en los que se sientan amenazadas. Esto sería una buena solución, no para erradicar el problema sino para, al menos, otorgar un nivel de protección efectivo a las víctimas y que sean ellas, como primeras interesadas, las que pudieran mandar una señal de socorro. De este modo, serían ellas las que llevarían las pulseras localizadoras en lugar de ellos y por lo tanto esa delgada línea roja sobre la vulneración de los derechos no llegaría a traspasarse. Por otra parte, considero que no podemos aplicar un método estándar de actuación porque ningún caso es igual al anterior pero, para muchas de las denuncias presentadas por mujeres que residen en pedanías de pueblos que ni siquiera tienen una comisaría, sería interesante que las comisarías o puestos de Guardia Civil de que dependan dichas mujeres estén más sensibilizados con el problema y, a modo de ejemplo, refuercen su plantilla con el objetivo de mostrar un mayor nivel de alerta, si cabe, para actuar en caso de requerirlo.

Se trata de tan sólo un par de medidas que podrían, a mi juicio, ayudar a controlar el problema ya que desde mi punto de vista, erradicar este problema es prácticamente imposible.

9.2 La problemática en la atribución del domicilio familiar

De la redacción del artículo 96 del CC ha quedado claro cual es el criterio a seguir cuando queremos otorgar la atribución del domicilio familiar en caso de divorcio cuando hay y cuando no hay hijos menores. No obstante, en este apartado quiero hacer referencia a una situación que

41 Acuerdo de pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008.

muestra una absoluta desigualdad entre hombres y mujeres en cuanto a un posible enriquecimiento injusto indirecto por parte de terceros.

Actualmente todo el mundo conoce casos de divorcios o separaciones que afectan a familiares, amigos o vecinos. Sin embargo, en algunas ocasiones, el desequilibrio de cada uno de los miembros de las parejas, finalizado el procedimiento de divorcio, hace que nos preguntemos qué hay detrás de esto.

Como hemos dicho antes, el criterio a seguir para la atribución del domicilio familiar según si tenemos hijos o no, está bastante claro por la legislación y la jurisprudencia. No obstante, podemos encontrarnos otras situaciones para las que nuestro CC aún no tiene una respuesta clara y por ende, para la que se produce verdaderas lagunas jurídicas que pueden desembocar en una clara indefensión para alguna de las partes. Así, en ocasiones hemos podido escuchar hombres que despotrican de sus ex parejas porque las mismas viven en su vivienda habitual y además han rehecho su vida con una tercera persona.

Cuando la atribución del domicilio familiar se hace en favor del cónyuge que obtenga la custodia de los hijos tenemos que plantearnos que ocurre con las cargas del matrimonio como el pago de la hipoteca. Pues bien, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo “*las cuotas de una hipoteca no se consideran como cargas del matrimonio y, por lo tanto, deben ser pagadas, por partes iguales, entre ambos copropietarios, con independencia de quien viva allí o los ingresos de cada uno de ellos*”⁴² pero, qué ocurriría si la vivienda ya estuviera pagada. En nuestro caso concreto, nuestra cliente formalizó matrimonio con su ex pareja y comenzaron su vida juntos en un domicilio que había sido totalmente pagado por el marido y que a día de hoy se trata de un bien privativo del mismo el cual esta actualmente vacío dado que mi clienta se encuentra en una casa de acogida pero, sin embargo, tiene atribuido el uso del domicilio familiar. De este modo, no en pocas ocasiones, ocurren situaciones en las que el hombre, que habitualmente es quien abandona el domicilio, tiene que buscar otra residencia, a veces otro coche, aportar los gastos necesarios para la manutención de los hijos y además seguir haciéndose cargo de pagar su parte proporcional de gastos de la vivienda o incluso, de la integridad de los gastos si tiene toda la propiedad del inmueble, mientras su ex pareja rehace su vida, él esta agobiado con las deudas y un tercero se enriquece a su costa.

42 Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia número 188/2011 de 28 de marzo de 2011. ID del CENDOJ: 28079110012011100147. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5919533&links=&optimize=20110414&publicinterface=true>

La problemática que aquí tratamos no se centra en el derecho que toda persona tiene a rehacer su vida sino en la injusta posición económica en la que quedan algunos hombres que abandonan el domicilio familiar. Este problema fue bien resuelto por una sentencia de la Audiencia Provincial de Almería cuando hace referencia *“a la extinción del derecho de uso por entender que sobre la base de la protección del menor no debe beneficiarse un tercero ajeno al matrimonio, sin posibilidad alguna de acción por parte del marido, cotitular de la vivienda. Si el cónyuge a quien se atribuye el disfrute de una vivienda ganancial desea fundar con tercera persona una familia, o unirse establemente a ella, lo oportuno es que, consumando la liquidación de gananciales, forme nuevo hogar renunciando al privilegio del que, en atención a su anterior situación, venía disfrutando”*⁴³.

Este conflicto habitualmente es motivo de numerosos rifirrafes entre los progenitores del menor que desembocan en peleas, discusiones e incluso perjuicios económicos que afectan también al interés de los hijos. En mi opinión, una de las maneras más eficaces para contrarrestar el desequilibrio que se produce entre ambas figuras podría ser la liquidación del régimen del matrimonio, una vez disuelto el mismo, con el abono a cada una de las partes del montante que le corresponda para así, que tanto el hombre como la mujer puedan hacer frente a su nueva vida y poder disponer de dinero para cumplir con las obligaciones con respecto a sus hijos. No obstante, es sabido por todos, que a día de hoy seguimos atravesando una durísima crisis que quizá, no permitiese llevar esta iniciativa a convertirse en una realidad puesto que, las posibilidades reales de adquirir una nueva propiedad de la misma calidad, una vez liquidadas las anteriores, a veces no son muchas.

Hay tribunales que están aplicando una especie de “compensación” para el hombre que se ve obligado a dejar el domicilio familiar como forma para establecer una posición igualitaria de las partes. Pero, en mi opinión, considero que la mejor solución para hacer real una posición equitativa, sería la de llegar a un acuerdo entre la ex pareja y que sean ellos los que se pongan de acuerdo para hacer frente a las cargas teniendo en cuenta el interés del menor y también la posición económica en la que queden ambas partes. Esto podría llevarse a cabo de muchas maneras, a través de una compensación, la compra de la parte proporcional de la vivienda que corresponda al otro cónyuge,

43 Audiencia Provincial de Almería (Sala de lo Civil). Sentencia número 59/2007 de 19 de marzo de 2007. ID del CENDOJ: 04013370012007100001. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=494710&link=s=&optimize=20070607&publicinterface=true>

la renuncia por ti mismo del uso de tu propiedad valorando el diferente poder adquisitivo de las partes o la atribución temporal y no abusiva de la propiedad.

Si bien es cierto, que en numerosas ocasiones, los cónyuges emiten un nivel de odio hacia la otra parte que les nubla el juicio y les impide articular palabra, no podemos esperar que resuelvan sus problemas económicos ellos mismos. Así, consideraría conveniente que fuese una práctica judicial y de los mismos abogados la de hacer entender a la ex pareja el grave perjuicio económico en que pueden quedar las partes así como las posibles ventajas que un acuerdo traería consigo.

9.3. Alegar maltrato, ¿necesidad o beneficio?

Mentira, denuncias falsas, estigmatización del hombre, exageración, profesionalidad son algunas de las palabras que abren el polémico debate acerca de las denuncias falsas en materia de violencia de género.

Antes de comenzar con este ferviente debate para el que todo el mundo tiene una opinión que aportar, me gustaría hacer hincapié en que este interrogante no tratará acerca de si vivimos en una sociedad con tendencia al machismo o al feminismo pues, considero que toda referencia a términos que no aportan absolutamente nada a una mejora de la sociedad tienen que ser omitidos de toda conversación formal o coloquial.

Una vez que nos encontramos en este punto podemos hablar con franqueza de que actualmente, si bien intentamos decir que vivimos en una sociedad igualitaria entre hombres y mujeres, lo cierto es que no tenemos que echar la vista atrás durante muchos años para observar que siempre hemos estado ante una posición dominante del hombre sobre la mujer que, incluso en pleno siglo XXI, podemos verlo reflejado en personas de avanzada edad o con falta de valores. Es por este motivo que en los últimos años se ha tendido a una regulación, a mi juicio, necesaria para equilibrar la balanza y otorgar a las mujeres una posición de negociación en la sociedad actual con verdaderas oportunidades de ser escuchadas. Desgraciadamente, el uso de palabras delicadas y provocativas no sirven para compensar una eternidad de abusos contra un colectivo considerado socialmente como inferior pero, no podemos solventar una injusticia con más injusticia asique no podemos intentar resarcir a la mujer provocando un perjuicio en los hombres sino que la solución debe ser beneficiosa y justa para ambos.

Como hemos adelantado, el tema de debate que aquí nos acontece tiene dos puntos de vista totalmente distintos con un problema en común, la violencia de género. En la actualidad, cada día nos sorprende menos el conocimiento de parejas en las que existe el maltrato y el gran número de

conversaciones informales en las que se pone de relevancia la falta de igualdad en cuanto al procedimiento de malos tratos.

Según los datos emitidos por la Fiscalía del Estado, el número de denuncia falsas por malos tratos es realmente inexistente. Así, la fiscalía acomete de manera agresiva contra toda interpretación contradictoria que intenta poner a la víctima en el rol de la falsedad puesto que considera que la falta de conocimiento es la que hace confundir términos como denuncia falsa con sentencias absolutorias y sobreseimientos. En esta línea de defensa, el hecho de que muchas mujeres abandonan el procedimiento por dependencia emocional, económica o incluso terror no significa que sean signo identificativos de que dicha violencia jamás ha existido.

Desde otro punto de vista, según datos estadísticos recogidos por diferentes plataformas, revelan que en torno a un 80% de las denuncias presentadas por malos tratos son denuncias falsas. Si analizamos los resultados obtenidos⁴⁴ sobre este asunto por el CGPJ en el último trimestre del año 2017 podemos observar:

FORMAS DE TERMINAR					
SENTENCIA ABSOLUTORIA	SENTENCIA CONDENATORIA	SOBRESEIMIENTO LIBRE	SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL	ELEVA ÓRGANO COMPETENTE	OTRAS
659 2,06%	4.254 13,30%	1.063 3,32%	13.351 41,74%	6.587 20,59%	6.071 18,98%

Según el gráfico, alrededor del 47% de las denuncias por malos tratos que se presentan en el JVSM terminan con sentencia absolutoria o sobreseídas. Si bien es cierto, debemos ser críticos con este tema al analizar unos datos que, aparentemente, pueden inducir a confusión puesto que, al hilo con los argumentos de dependencia o miedo aportados por la Fiscalía General, la realidad es que nos encontramos ante una serie de delitos que se caracterizan por falta de espectadores puesto que, la mayor parte de ellos ocurren en el interior del ámbito familiar y por tanto carentes de testigos que puedan ayudar y servir como prueba en un juicio.

Sea como fuere, no podemos negar una evidencia que a día de hoy ocurre en todos los juzgados dedicados a esta materia y que es un tema de conversación entre letrados y fiscales hasta

44 Grafico obtenido del Consejo General del Poder Judicial. Tercer trimestre de 2017. *Informe estadístico*. Recuperado en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial--Tercer-trimestre-de-2017>

tal punto de ser considerado como una nueva forma de violencia que, aunque no se de un sólo golpe, deja una huella social imborrable. De este modo, si analizamos consecuencias inmediatas de una denuncia por malos tratos, sea verdadera o falsa, es automática la detención del hombre para tomarle declaración así como la adopción de una orden de alejamiento con la obligación de salir del domicilio familiar o regular un régimen sobre las visitas y la forma de interactuar con sus hijos.

Desde un punto de vista temporal en cuanto a la tramitación del procedimiento, tanto una denuncia por malos tratos como un divorcio en un procedimiento civil tardaría aproximadamente el mismo tiempo debido a que dependerá del colapso de los juzgado por lo que, este no sería un motivo de peso para interponer una denuncia falsa ante los JVSJ. No obstante, desde el punto de vista de la persona que interpone la denuncia por malos tratos, puede suponer una buena estrategia ya que se empezarían a tomar medidas para llevar a cabo la total protección de la presunta víctima y de los menores así como poder beneficiarse de todo el conjunto de ayudas económicas, jurídicas, sociales y laborales.

Analizando las consecuencias inmediatas de interponer una denuncia por ambas partes, parece claro que la cobertura que ofrece la LVG supone un motivo de peso para replantearse si esta sería una buena opción aún más cuando sabemos que la persecución por denuncias falsas se trata una práctica casi inexistente en nuestro país que la ha llevado a adoptar el nombre de “industria del maltrato”⁴⁵ por diversas plataformas que cuestionan si la forma de aplicar la ley de violencia de género se trata más de un ley que protege o de una ley que abusa.

El término al que hacemos referencia en el párrafo anterior no ha pasado desapercibido por los expertos en la materia. De esta manera, ante la suposición de presentar una denuncia falsa a cambio de perseguir una ayuda económica, la Fiscalía General muestra su papel más inflexible al comentar que el hecho de perseguir una pensión insuficiente para ayudar a esas víctimas y a sus hijos a conseguir retomar su vida no es más que otro signo de la vulnerabilidad de un colectivo que además de atacado, es cuestionado.

Debemos entender cuando pensamos acerca de esta cuestión que, más allá de preguntarnos si existe o no, nos encontramos delante de un pensamiento cuyo manifiesto puede ser políticamente incorrecto, motivo por el cual, el número de debates y discusiones entre expertos es realmente

45 Malagón Arroyo, Patricia. Periódico “Mediterráneo Digital”. 07/05/2017. Formato digital. Políticamente Incorrecto. Recuperado en <http://www.mediterraneodigital.com/espana/nacional/un-informe-confidencial-revela-que-el-80-de-las-denuncias-por-violencia-de-genero-son-falsas.html>

incontrolable hasta el punto de diseñar teorías que relacionan el elevado número de suicidios de hombres con el número de divorcios. *"Se estigmatiza al hombre y se protege a la mujer por el hecho de serlo"*⁴⁶ son las palabras del recientemente rehabilitado Juez Francisco Serrano quien mantiene que el principal motivo de su inhabilitación ha sido la expresión de sus ideas acerca del abuso que supone la violencia de género a la que ha comparado con Guantánamo y la paradoja de que la búsqueda de la igualdad entre hombre y mujer es cada vez más desigual.

Sin embargo, estas palabras no han quedado exentas de réplica puesto que gran parte de los defensores de la inexistencia de denuncias falsas recurren a las antiguas prácticas de los letrados para dar un escarmiento a los maridos que se propasan al quebrantar una orden de alejamiento o a la falta de proporcionalidad en la interposición de una denuncia por malos tratos como argumento clave para defender una postura que avala que no todo portazo es violencia de género al igual que no toda denuncia presentada carece de veracidad. Así, en España, tan sólo una de cada cuatro personas que reconoce haber sufrido algún tipo de violencia machista presenta denuncia, motivo por el que debemos tratar este tema con la más absoluta cautela. *"Las denuncias por maltrato están bajando, las mujeres no denuncian lo que debieran. Esta ley no va contra los hombres, sólo contra los maltratadores. Y no es cierto que la violencia sea propia y normal en los casos de divorcio. Esa violencia viene de antes, y la mujer quiere poner fin a ella con el divorcio, pero los abogados de familia desconocen este fenómeno e insisten en llamar conflicto conyugal a lo que es violencia de género"*⁴⁷, son las palabras de Miguel Lorente, experto en el estudio de la violencia de género, que critica fuertemente la imagen que se le ha dado a la mujer como una persona mezquina y perversa que busca, a toda costa, provocar un mal en un su ex pareja y defiende que, es ese mismo argumento de denuncia falsa el que se ha utilizado a lo largo de toda la historia para desmentir y anular a la mujer que osaba levantar un poco la voz más de la cuenta y mantener intacta la posición de superioridad del hombre sobre su mujer.

Como podemos ver, se trata de un tema que supera las fronteras de las conversaciones informales de las que hablábamos al comienzo del debate para entrar de lleno en una guerra de encuestas y datos estadísticos con el fin de dar respuesta a un problema que no necesita una sino un cambio en el modo de actuar. En mi opinión, no podemos hablar de que todo gire en torno a que la

46 Rodríguez, Jose María. Periódico "EL MUNDO". 27/10/2016. Formato digital. Palabras del Juez Francisco Serrano. Recuperado en <http://www.elmundo.es/andalucia/sevilla/2016/10/27/581208a9e2704e780a8b46ad.html>

47 Lorente Acosta, Miguel. Periódico "EL PAÍS". 25/02/2013. Formato digital. Palabras contra Palabras. Recuperado en https://elpais.com/sociedad/2013/02/25/actualidad/1361829501_964350.html

ley no funciona puesto que debemos considerar, que es gracias al derecho moderno que se haya podido regular esta situación que anteriormente estaba totalmente desequilibrada. Así, considero que la existencia de denuncias falsas ha dejado de ser una invención para convertirse en una realidad como todo en esta vida, que nos rodeamos de personas que buscan hacer daño a toda costa aunque con ello no valoren cosas tan importantes como que los hijos lo pasen mal en un proceso de absoluta ruptura familiar pero, también es innegable que las numerosas noticias de violencia machista que tenemos actualmente en los medios de información no son ni una pequeña muestra de las que existen realmente.

Es sencillo hacer una conclusión sobre este tema desde nuestros ordenadores y sentados en nuestro escritorio sin conocer realmente el trasfondo de esta noticia. Sin embargo, la realidad es que necesitábamos una ley que jugara con la delgada línea que separa el buen derecho del abuso de derecho para dar cobertura y un total respaldo a las mujeres que se encuentran en esta situación. De esta manera, considero, que lo que una parte de la opinión pública entiende como un abuso al hecho de que por una simple denuncia el hombre ya va de camino a comisaría, yo pienso que debemos interpretarlo como un método de prevención, a mi juicio, considerado como un mal menor necesario para garantizar la integridad total de las presuntas víctimas.

Este dictamen y en concreto estas conclusiones, han querido poner de manifiesto grandes controversias que vivimos hoy en día pero, si algo he aprendido en mi corta experiencia en el mundo del derecho, es que toda historia siempre tiene dos versiones, sin embargo, no podemos permitirnos que esta historia tenga más de un final porque lo cierto es, que la tolerancia para el maltrato nunca estará justificada, que nadie es propiedad de nadie y que esto sí que se trata de un verdadero abuso que jamás debe encontrar defensa alguna.

10. LISTADO DE JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo:

TS (Sala de lo Social). Sent. Nº 22/2016 de 20 de ene. ID en CENDOJ: 28079140012016100004

TS (Sala de lo Civil). Sent. Nº 579/2014 de 15 de oct. ID en CENDOJ: 28079110012014100569

TS (Sala de lo Civil). Sent. Nº 94/2010 de 11 de marzo. ID en CEDNDOJ:28079110012010100108

TS (Sala de lo Civil). Sent. Nº 257/2013 de 29 de abril. ID en CENDOJ: 28079110012013100242

TS (Sala de lo Civil). Sent. Nº 294/2017 de 12 de mayo. ID en CENDOJ: 28079110012017100292

TS (Sala de lo Civil). Sent. Nº 143/2016 de 9 de marzo. ID en CENDOJ: 28079110012016100147

TS (Sala de lo Civil). Sent. Nº 36/2016 de 4 de feb. ID en CENDOJ: 28079110012016100010

TS (Sala de lo Civil). Sent. Nº 426/2013 de 17 de junio. ID de CENDOJ: 28079110012013100349

TS (Sala de lo Civil). Sent. Nº 680/2015 de 26 de nov. ID de CENDOJ: 28079110012015100638

TS (Sala de lo Civil). Sent. Nº 11/2016 de 21 de ene. ID de CENDOJ: 28079120012016100003

TS (Sala de lo Civil). Sent. Nº 427/2015 de 10 de jul. ID de CENDOJ: 28079110012015100389

TS (Sala de lo Civil). Sent. Nº 663/2013 de 4 de nov. ID de CENDOJ:28079110012013100597

TS (Sala de lo Civil). Sent. Nº 188/2011 de 28 de mar. ID del CENDOJ: 28079110012011100147

Audiencias Provinciales:

AP Baleares (Sección IV, procedimiento Civil). Sent. Nº 155/2015 de 5 de mayo. ID en CENDOJ: 07040370042015100152

AP Madrid (Sección XXII, recurso de apelación). Sent. Nº 275/2015 de 20 de mar. ID en CENDOJ: 28079370222015100267

AP Jaén (Sala de lo Penal). Sent. Nº 160/2011 de 6 de Jul. ID del CENDOJ: 23050370032011100330

AP Almería (Sala de lo Civil). Sent. Nº 59/2007 de 19 de mar. ID del CENDOJ: 04013370012007100001

11. ANEXO I

JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER N.º 1 DE JAÉN

AUTO

En Jaén a 7 de septiembre de 2017.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 07/09/2016 se han incoado en este juzgado las presentes diligencias previas, en las que se han practicado las diligencias pertinentes para el esclarecimiento de los hechos denunciados, convocándose la audiencia prevista en el art. 544. ter apartado 4 LECrim, que se ha celebrado en el día de hoy.

SEGUNDO.- Celebrada la audiencia referida en el apartado anterior con el resultado que consta en acta, a la que nos remitimos para evitar reproducciones ociosas, quedaron los autos en la mesa de S.Sª, para resolver.

RAZONAMIENTO JURÍDICOS

PRIMERO: Aplicando el precepto legal establecido en el art. 544. ter apartado 1 y 2 de la LECrim, al caso de autos, la conclusión a la que se llega, es que procede conceder a Dª. GABRIELA LARA ESCABIAS, la **orden de protección** solicitada frente a su pareja Dº. JAVIER MELERO ESPINOSA a la vista del resultado de las diligencias practicas. De un lado la denunciante que ha relatado lo acontecido el día 30/08/2016 en el domicilio familiar con ocasión de una discusión, en el que según la perjudicada, Javier le propinó un puñetazo en el estómago y varias patadas, y que tras empujarle se rompió un cristal y se cortó en un pie declarando que lleva los últimos 8 días sin dormir ya que su pareja sube al domicilio y la insulta. Asimismo el parte de sanidad de fecha 06/09/2016 señala que la denunciante presenta hematoma retroperitoneal derecho y dolor en hipocóndrio derecho, herida incisa en fase resolución aunque algo infectada en pie derecho (...). Si bien es cierto que el investigado ha relatado su versión de los hechos denunciados, si ha reconocido que realiza grabaciones en el domicilio para coger pruebas y así obtener la custodia de su hijo. Ante tales circunstancias y hasta que se diluciden los hechos en el momento procesal oportuno, entendemos que existen indicios fundados de la comisión de, al menos, un presunto delito de malos tratos en el ámbito familiar, sin perjuicio de ulterior calificación, imputable a JAVIER MELERO ESPINOSA, ya que del resultado de las diligencias practicadas, se desprende que concurre, inicialmente, una situación objetiva de riesgo, que hace necesaria y proporcional la

adopción de medidas de protección, tratándose con la adopción de tales medidas, proteger a la denunciante y evitar que se produzcan hechos análogos a los relatados en sede judicial.

A mayor abundamiento, en el art. 13 LEC. Considera entre otras cosas como primera diligencia, las de proteger a los ofendidos o perjudicados por el delito, a sus familiares, o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto, las medidas cautelares a las que se refiere el art. 544. bis LECrim o la orden de protección prevista en el art. 544. ter. De esta ley.

SEGUNDO: En cuanto al contenido de las **medidas cautelares de carácter penal** a adoptar, las mismas consistirán, en prohibir a JAVIER MELERO ESPINOSA, comunicarse con su pareja o ex pareja D^a GABRIELA LARA ESPINOSA, por cualquier medio y aproximarse a ella, a su domicilio o a su lugar de trabajo o a una **distancia inferior a 100 metros**.

Todas estas medidas cautelares estarán vigentes hasta que se dicte resolución definitiva que ponga fin a este procedimiento, salvo que dicha resolución definitiva contenga pronunciamiento expreso de mantenimiento de las medidas cautelares, en cuyo caso, las medidas continuarán vigentes.

Si esa resolución definitiva fuese sentencia condenatoria, se mantiene las medidas cautelares, hasta que dicha sentencia condenatoria sea firme y se requiera al condenado del cumplimiento de las penas.

Se ha de apercibir a Javier Melero Espinosa de que en caso de incumplimiento de las medidas cautelares adoptadas, ese incumplimiento podrá dar lugar a unas medidas que limiten aún más su libertad personal, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar y el posible delito de quebrantamiento de condena del art. 468 del CP.

En cuanto al contenido de las **medidas cautelares de naturaleza civil**, las mismas consistirán en las siguientes:

1. La guarda y custodia del hijo menor se atribuye a la madre quedando compartida la Patria Potestad.

2. En cuanto al régimen de visitas, comunicación y estancia del progenitor no custodia se fija el siguiente: fines de semana alternos desde el viernes 17:00 hasta el domingo a las 20:00 horas haciendo la entrega y recogida a través de una tercera persona que las partes designen.

3. Como alimentos para su hijo menor de edad el padre deberá ingresar en la cuenta corriente que la madre designe, en los 5 primeros días de cada mes, la cantidad de 120 euros para el

hijo en común, cantidad que se actualizará anualmente a primeros de enero de cada año conforme al IPC anual. Se señala esa cantidad en entenderla ajustada a derecho, sin perjuicio de lo que pudiera acordarse en un ulterior procedimiento civil, toda vez que el investigado ha manifestado que percibe el subsidio de 426 euros al igual que ella.

4. El uso del domicilio familiar se atribuye al hijo y a la madre.

Las medidas de carácter civil tendrán una vigencia que se estipula en el apartado 7 del art. 544. ter de la LECrim.

PARTE DISPOSITIVA

- Debo acordar y acuerdo como medidas cautelares de carácter penal, prohibir a **JAVIER MELERO ESPINOSA**, comunicarse con su pareja o ex pareja **D^a GABRIELA LARA ESPINOSA**, por cualquier medio y aproximarse a ella, a su domicilio o a su lugar de trabajo o a una distancia inferior a 100 metros.

Todas estas medidas cautelares estarán vigentes hasta que se dicte resolución definitiva que ponga fin a este procedimiento, salvo que dicha resolución definitiva contenga pronunciamiento expreso de mantenimiento de las medidas cautelares, en cuyo caso, las medidas continuarán vigentes.

Si esa resolución definitiva fuese sentencia condenatoria, se mantiene las medidas cautelares, hasta que dicha sentencia condenatoria sea firme y se requiera al condenado del cumplimiento de las penas.

Se ha de apercibir a Javier Melero Espinosa de que en caso de incumplimiento de las medidas cautelares adoptadas, ese incumplimiento podrá dar lugar a unas medidas que limiten aún más su libertad personal, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar y el posible delito de quebrantamiento de condena del art. 468 del CP.

- En cuanto al contenido de las medidas cautelares de naturaleza civil, las mismas consistirán en las siguientes:

1. La guarda y custodia del hijo menor se atribuye a la madre quedando compartida la Patria Potestad.

2. En cuanto al régimen de visitas, comunicación y estancia del progenitor no custodia se fija el siguiente: fines de semana alternos desde el viernes 17:00 hasta el domingo a las 20:00 horas haciendo la entrega y recogida a través de una tercera persona que las partes designen.

3. Como alimentos para su hijo menor de edad el padre deberá ingresar en la cuenta corriente que la madre designe, en los 5 primeros días de cada mes, la cantidad de 120 euros para el hijo en común, cantidad que se actualizará anualmente a primeros de enero de cada año conforme al IPC anual. Se señala esa cantidad en entenderla ajustada a derecho, sin perjuicio de lo que pudiera acordarse en un ulterior procedimiento civil, toda vez que el investigado ha manifestado que percibe el subsidio de 426 euros al igual que ella.

4. El uso del domicilio familiar se atribuye al hijo y a la madre.

Las medidas de carácter civil tendrán una vigencia que se estipula en el apartado 7 del art. 544. ter de la LECrim.

Comuníquese esta orden de protección, mediante testimonio íntegro, a la Policía Local, a la Policía Nacional, a la Guardia Civil y a todos los organismos competentes para que tomen conocimiento de la misma, a los efectos legales pertinentes.

Ábrase con testimonio de esta resolución y del acta de la comparecencia del art. 544. ter, apartado 4 de la LECrim, pieza de situación personal del imputado.

Remítase esta orden de protección, para su inscripción, al registro central de órdenes de protección.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que la misma no es firme y contra ella cabe interponer tal y como contempla el art. 766 LEC, recurso de reforma y/o apelación, en el plazo de 3 días en el caso del recurso de reforma o 5 días en el caso de recurso de apelación, a contar desde el siguiente a aquel en el que se notifique esta resolución.

Así lo acuerda, manda y firma, D^a Isabel Pérez Goicoechea, Magistrada Juez Titular del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer N.º 1 de Jaén.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplir lo acordado; Doy fe.

12. ANEXO II

MEDIDAS PROVISIONALES PREVIAS A LA DEMANDA DE DIVORCIO

AL JUZGADO DE VIOLENCIA DE JAÉN

MARTA RODRÍGUEZ SANTIAGO, Procuradora de los Tribunales, actuando en nombre de **D. JAVIER MELERO ESPINOSA**, mayor de edad, casado, vecino de Jaén, Av. De Andalucía n.º 30, con D.N.I. 99.999.992-A, por designación de oficio, bajo dirección de la letrada **Dª. MARIA DELGADO BARRÓN**, perteneciente al Iltre. Colegio de Abogados de Jaén, con despacho profesional en C/ Ignacio Figueroa, N.º 7, ante el Juzgado comparezco y como proceda en derecho respetuosamente **DIGO**:

Que por medio del presente escrito, y siguiendo estrictas instrucciones de mi mandante, vengo a formular DEMANDA DE MEDIDAS PROVISIONALES PREVIAS frente a su esposa **Dª. GABRIELA LARA ESCABIAS**, con domicilio actual en, Jaén, en C/ Pintor Rufino Martos n.º 4, ejercitando acción por causa prevista en art. 102 y siguientes del C.Civ. Con base a los siguientes hechos y Fundamentos de Derecho;

HECHOS

PRIMERO.- Mi mandante inició una relación sentimental fruto de la cual nació un hijo, **ANTONIO MELERO LARA**, el día 3 de diciembre de 2007, aportando copia del certificado de nacimiento del Registro Civil de Jaén como **doc. n.º 1**.

Con posterioridad se celebró entre ambos progenitores el matrimonio civil el día 24/10/2012, acredita lo anteriormente expuesto con copia del certificado de matrimonio del Reg. Civil de Jaén que se acompaña como **doc. n.º 2**.

SEGUNDO.- Que, tras el deterioro en la vida en común, la convivencia cesó tras la interposición por la demanda contra mi mandante de denuncia en el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer de Jaén, dando lugar a la incoación de las **D.P. 486/2016**, acordándose en AUTO de 7 de septiembre de 2016 la adopción de medida cautelar de alejamiento de mi mandante respecto de la parte demandada, y las preceptivas medidas civiles no prorrogadas por la parte demandada. Se aporta como **documento n.º 3. Auto dictado por el Juzgado de Violencia**.

A raíz de la citada Denuncia y por otros motivos que por ahora no son del caso exponer y al no haber podido estar mi mandante en compañía de su hijo es por lo que se interpone las presentes Medidas.

TERCERO.- Que al no tener el progenitor contacto ni derecho de visitas respecto con su hijo debido a que la madre no facilita la relación paternofilial, **Dº JAVIER MELERO ESPINOSA**, desea regularizar dicha situación ya que este vacío va en detrimento de las relaciones padre e hijo y por otras circunstancias muy graves que están siendo objeto de investigación de otros juzgados, de cuyo contenido se aportará en el momento procesar pertinente aportado ahora como **doc. n.º 4** denuncia interpuesta por mi mandante ante el Juzgado de Instrucción nº3 de Jaén el pasado día 29 de diciembre donde consta los hechos tan graves denunciados.

Que como medidas reguladores inherentes a la adopción de medidas provisionales previas a la demanda de divorcio que se pretende, en atención al interés más necesitado de protección del hijo menor ANTONIO MELERO LARA esta parte solicita se adopten las siguientes:

GUARDIA Y CUSTODIA DEL MENOR

Interesamos del Juzgado que la misma sea atribuida al demandante Dº JAVIER MELERO ESPINOSA, compartiendo ambos progenitores la Patria Potestad.

Se justifica tal solicitud, con base en los siguientes argumentos:

- a) Siempre ha sido el padre quien se ha preocupado de su atención, educación y evolución desde su nacimiento del hijo en común.
- b) Que se han interpuesto numerosas denuncias presentadas por el progenitor contra la madre por supuestas violaciones al menor así, las continuas visitas de hombres extraños al domicilio conyugal donde reside el menor presenciando este conversación y actuaciones no propias de su edad. Esta documentación será aportada en el momento procesal oportuno tan pronto no sea facilitada por nuestro mandante.
- c) Es lo más conveniente para el desarrollo psíquico del menor.
- d) Justificamos la solicitud en atención al interés más necesitado de protección, así como su exclusivo desarrollo y estabilidad a todos los niveles y efectos, debiendo estos continuar exactamente igual como hasta ahora, bajo las atenciones y cuidados del padre, si bien la madre disfrutará del régimen de visitas.

Solicitando, para el improbable caso de que no se accediera a la petición principal y por la gravedad de los hechos que se investigan, con carácter subsidiario la **GUARDIA Y CUSTODIA COMPARTIDA ATRIBUIDA A AMBOS PROGENITORES, compartiendo ambos progenitores la Patria Potestad.**

ATRIBUCIÓN DEL DOMICILIO

El menor permanecerá en el domicilio familiar y serán los padres los que salgan semanalmente del domicilio que hasta la fecha ha constituido el domicilio familiar sito en C/ Pintor Rufino Martos n.º 4. Justificamos la solicitud en atención al interés más necesitado de protección, así como a su exclusivo desarrollo y estabilidad a todos los niveles y efectos, debiendo este continuar exactamente igual como hasta ahora, bajo las atenciones y cuidados de ambos progenitores. Permitiendo con ello la vigilancia y atención que precisa el menor en esta edad.

REGIMEN DE VISITAS

Defendemos con carácter principal un régimen estricto de la demanda con respecto al menor por los graves hechos que se investigan y de accederse a la petición principal solicitada de guarda y custodia a favor de mi mandante y de concederse un régimen de guarda y custodia compartida, que sean los propios progenitores quienes consensúen entre ellos el régimen de visitas y guarda que se estime más conveniente en interés del menor.

De no ser posible tal extremo y para el improbable caso de que existieran divergencias en la aplicación del mismo, **con carácter subsidiario** se propone el siguiente:

Los fines de semana alternos el hijo estará con la madre desde el viernes a las 20:00 horas hasta el domingo que los devolverá en el domicilio del padre a las 20:00 horas.

Corresponde a cada progenitor la mitad de los periodos vacacionales del menor en Navidad y Semana Santa, para cuyo cómputo se tendrán en cuenta los periodos que así lo sean en el lugar del domicilio de los menores y conforme al acuerdo de los padres, decidiendo en su defecto la madre en los años impares y el padre en los pares. Si del cómputo total de los días, resultare éstos impares, se entenderá que el periodo se subdivide en dos idénticos siendo el día impar el que divide cada uno de ellos, correspondiendo al primer periodo hasta la una de la tarde (13:00 horas). La madre deberá recoger y reintegrar al menor en el domicilio del progenitor custodio.

La mitad de los periodos vacacionales de verano. El periodo de vacaciones de verano se entiende comprendido por los meses de julio y agosto, permaneciendo el hijo con un progenitor 15

días y medio de cada mes, entendiéndose que los comparecientes llegarán a un acuerdo, en defecto del cual decidirá la madre en los años impares y el padre en los pares.

La permanencia durante los primeros 15 días y medio de los meses de julio y agosto tendrá su inicio a las nueve de la mañana (9:00 horas) del primer día de mes, terminado este periodo a las 13:00 horas del día 16, comenzando el periodo de permanencia con el segundo progenitor, terminando a las nueve de la tarde (21:00 horas) del último día del mes correspondiente, reanudándose a partir de dicho momento el régimen de comunicación y visitas previsto para los fines de semana.

Este régimen de comunicaciones y visitas se entenderá sin perjuicio de la asistencia del hijo a campamentos, curso de verano, viajes, etc. oportunamente acordados.

En el caso de otros días festivos, en particular en el caso de puentes, la permanencia del menor con los progenitores se decidirá por la madre en los años impares y el padre los pares, teniendo en cuenta que continua el régimen de visitas general de fines de semana alternos y serán los demás días sobre los que se llegará a un acuerdo.

Así mismo en lo que se refiere a los cumpleaños de los menores o de los padres la permanencia de aquellos con éstos vendrá determinada por el acuerdo de los comparecientes, y en su defecto regirá el régimen de comunicación y visitas previstas con carácter general.

Los padres podrán comunicarse por cualquier método telemático (teléfono, correo electrónico, videoconferencia, etc.) o por correo, cuando lo estime conveniente, en horas oportunas al normal y cotidiano desarrollo de la vida de los menores.

PENSION DE ALIMENTOS

Al quedar el hijo bajo la guarda y custodia del padre, se establece que la madre abone a su hijo una pensión de alimentos de 120 € mensuales. Dicha cantidad se considera apropiada para que el bienestar socio-económico del menor no sea alterado por la separación de los progenitores.

La pensión de alimentos será revisada anualmente conforme al IPC, incrementándose lo que éste se fije para cada año y siempre a partir del año de fecha de la sentencia de divorcio.

No obstante, ambos progenitores contribuirán al 50% en los gastos extraordinarios del hijo, siempre y cuando los mismos se encuentren suficientemente justificados y previa exhibición de la correspondiente factura, y serán de obligado cumplimiento sin necesidad de consenso los siguientes: libros, matriculas, material didáctico de principio de curso derivado de los estudios primarios,

secundarios y universitarios, uniformes si los hubiere y aquellos gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social: medicinas, gafas, gastos dentales etc.

Serán consensuados los gastos derivados de deporte, academias formativas no necesarias, viajes extraescolares, campamentos de verano, etc. En caso de no haber consenso, el progenitor que quiera que alguno de sus hijos desarrolle estas actividades deberá cubrir la totalidad de dicho gasto, siempre y cuando la actividad, deporte, viaje u otro acontecimiento no perjudique a los hijos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN: Mi representado ostenta capacidad procesal a tenor de lo dispuesto en los arts. 6 y ss. LEC.

Interviene representada por Procurador y bajo dirección Letrada, según determina el art. 750 LEC.

II. JURISDICCION Y COMPETENCIA: Corresponde el conocimiento de este litigio a la Jurisdicción Civil conforme a lo dispuesto en los arts. 21 y 22 LOPJ.

La competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia viene determinada en el art. 45 LEC. En los partidos donde exista Juzgado de Familia será este el competente para conocer del procedimiento.

Será competente territorialmente el Juzgado al que nos dirigimos por estar el domicilio familiar en Linares. Art. 769 LEC.

III. LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES.- Están legitimados mi representado y la demandada en su condición de cónyuges del matrimonio cuyo divorcio se solicita. Art. 777 LEC.

Exige el art. 749.2 LEC la intervención del Ministerio Fiscal en aquellos litigios que puedan afectar al interés de hijos menores o incapacitados.

IV. PROCEDIMIENTO Y FONDO DEL ASUNTO:

- Las demandas de separación o divorcio se sustanciarán por los trámites del juicio verbal conforme establece el art. 770 de la LEC y arts. 771 y siguientes en cuanto al procedimiento de solicitud de medidas provisionales.
- El art. 86 del CC, que establece que se decretara judicialmente el divorcio a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos, de uno con el consentimiento del otro, cuando concurran los requisitos y circunstancias exigidos en el art. 81.

- El art. 91 del CC: “en las sentencias de nulidad, separación o divorcio o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges y en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que vayan a sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna...”
- Deberá inscribirse en el Registro Civil la sentencia que se dicte, según establece el art. 755 LEC, con determinación del alcance sobre patria potestad y cuidado de los hijos en la medida en que lo exige el art. 263 del Reglamento del Registro Civil.

V. COSTAS: Art. 394 de la LEC.

En su virtud,

SUPlico AL JUZGADO que, teniendo por presentado este escrito con los documentos que se acompañan y sus copias, se digne a admitirlos, tenerme por comparecida y parte en la representación que ostento, entendiéndose conmigo las sucesivas diligencias y por formulada demanda de **MEDIDAS PROVISIONALES PREVIAS** a la demanda de divorcio contra **D^a. GABRIELA LARA ESCABIAS** con las medidas legales inherentes la cual deberá ser emplazada en el domicilio indicado; sírvase acordar, tras las diligencias que de rigor fueren necesarias, - incluido el traslado de la presente demanda al Ministerio Fiscal al ser preceptiva su intervención- se dicte la Resolución que en Derecho proceda acordando, entre otras de obligado dictado, las siguiente medidas provisionales:

1) Atribución a D^o JAVIER MELERO ESPINOSA la guarda y custodia del menor **ANTONIO MELERO LARA** y con carácter subsidiario la atribución de la guarda y custodia compartida siendo la Patria Potestad compartida.

2) Respecto del Régimen de visitas el más estricto posible en cuanto se resuelvan las denuncias interpuesta por el progenitor respecto de la parte demandada y siempre en presencia de tercera persona, sea mediador o asistente social.

En caso de no ser estimado la petición principal, con carácter subsidiario la madre podrá permanecer en compañía del menor los fines de semana alternos, debiéndolo retirar una tercera persona los viernes a las 20:00 horas y reintegrarlo el domingo a las 20:00 horas.

Respecto de los períodos de vacaciones de verano, Semana Santa y Navidad, se establecen los siguientes períodos.

Vacaciones de verano:

1º plazo: desde el día 1 de Julio hasta el 15 de Julio y 1 al 15 de Agosto.

2º plazo: desde el 15 hasta el 31 de Julio y del 15 al 31 de Agosto.

Semana santa:

1º plazo: desde el Viernes de Dolores hasta Miércoles Santo.

2º plazo: desde el Jueves Santo hasta el Lunes Resurrección.

Navidad:

1º plazo: desde el día 22 hasta el 30 de Diciembre.

2º plazo: desde el 31 de Diciembre hasta el 8 de Enero.

La elección de cada período corresponderá al padre los años pares y a la madre los impares. El día de reyes y el de cumpleaños de los menores así como el del cumpleaños de cada uno de los progenitores, el cónyuge no custodio podrá visitar a los menores durante 3 horas.

Respecto a los santos y cumpleaños, serán alternos, es decir, un año corresponderá a la madre la celebración de la onomástica y al padre el de su cumpleaños.

3) Respecto de la pensión de alimentos, Al quedar los hijos bajo la guarda y custodia del padre, se establece que la madre abone a su hijo una pensión de alimentos de 120 € mensuales. Dicha cantidad se considera apropiada para que el bienestar socio-económico del menor no sea alterado por la separación de los progenitores.

La pensión de alimentos será revisada anualmente conforme al IPC, incrementándose lo que éste se fije para cada año y siempre a partir del año de fecha de la sentencia de divorcio.

No obstante, ambos progenitores contribuirán al 50% en los gastos extraordinarios del, siempre y cuando los mismos se encuentren suficientemente justificados y previa exhibición de la correspondiente factura, y serán de obligado cumplimiento sin necesidad de consenso los siguientes: libros, matriculas, material didáctico de principio de curso derivado de los estudios primarios,

secundarios y universitarios, uniformes si los hubiere y aquellos gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social: medicinas, gafas, gastos dentales etc.

Serán consensuados los gastos derivados de deporte, academias formativas no necesarias, viajes extraescolares, campamentos de verano, etc. En caso de no haber consenso, el progenitor que quiera que alguno de sus hijos desarrolle estas actividades deberá cubrir la totalidad de dicho gasto, siempre y cuando la actividad, deporte, viaje u otro acontecimiento no perjudique a los hijos.

PRIMER OTROSÍ DIGO: Que intereso el recibimiento a prueba del presente procedimiento, dejando designado a tal efecto los siguiente archivos:

- INSS, TGSS e INEM en sus direcciones y delegaciones pertinentes.
- Hospital de Jaén.
- Entidades Bancarias y Cajas de Ahorros de Jaén.
- Ayuntamiento de Jaén.
- Juzgados de la provincia de Jaén.

Cualquier otro archivo que pueda interesar para la resolución del presente procedimiento.

SUPLICO AL JUZGADO: tenga por solicitado el recibimiento a prueba del presente procedimiento y por realizada la designación de archivos relacionados.

OTROSÍ SEGUNDO DIGO: Que esta parte, para el supuesto caso para el que se presente algún error que viciara de nulidad de lo actuado, manifiesta su intención de subsanarlo, conforme dispone el art. 231 de la LEC.

SUPLICO AL JUZGADO: Tenga por reproducidas las manifestaciones contenidas en los anteriores OTROSÍES DIGO, accediendo a lo solicitado por ser de Justicia que con todo respeto reitero.

Es ley de Justicia que con todo respecto pido y espero alcanzar en Jaén a 7 de febrero de 2017.