

## **ANÁLISIS JURÍDICO Y MARCO LEGISLATIVO VIGENTE DE LA VIOLENCIA FAMILIAR Y DE GÉNERO**

Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Marisol Cuevas Gama

*Directora del turno de oficio del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.*

### **Resumen**

En la presente ponencia, se expone la regulación jurídica desde la perspectiva de la jurisdicción civil en el ámbito del derecho de familia de actos de violencia doméstica. Se hace referencia a la separación, el divorcio, el derecho de visitas, la pérdida de la custodia y la patria potestad. Se analizan las implicaciones del artículo 82 del Código Civil que establece como causas de separación por motivos de violencia: la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales, cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes, el alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales. También el artículo 86, señala como causa de divorcio por motivos de violencia la condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge sus ascendientes, o descendientes. PALABRAS CLAVE: *Separación, divorcio, pérdida de custodia, patria potestad.*

### **Abstract**

In this paper, the juridical regulation from the perspective of civil jurisdiction in the area of family law concerning acts of domestic violence is expounded. Reference is made to separation, divorce, visiting rights, the loss of custody and parental authority. We analyze the implications of Article 82 of the Civil Code, which establishes the following causes for separation due to violence: injurious or degrading behavior and any other severe or repeated violation of conjugal obligations, any severe or repeated violation of the obligations towards common children, alcoholism, drug-addiction, or mental disorders. Article 86 also indicates as cause for divorce due to violence a conviction or firm sentence as a result of having attempted to kill one's spouse or his/her ascendants or descendents.

KEY WORDS: *Separation, divorce, loss of custody, parental authority.*

Empezamos en esta mesa redonda a hablar del Análisis Jurídico y Marco el Legislativo vigente de la violencia doméstica. Violencia doméstica de la que tanto se habla y de la que tanto se escribe, y que todavía son una incógnita los motivos por los que surge la violencia doméstica, por los que cada vez hay más violencia doméstica a pesar de la cobertura tanto jurídica como social que se le da actualmente a las víctimas.

Me voy a ceñir a la cobertura jurídica, a la regulación jurídica desde la perspectiva de la jurisdicción civil en el ámbito del derecho de familia de actos de violencia doméstica.

El artículo 82 del Código Civil establece como causas de separación por motivos de violencia: la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales, cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes, el alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales.

También el artículo 86 señala como causa de divorcio por motivos de violencia la condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge sus ascendientes, o descendientes.

La actual legislación imposibilita, como todos sabemos, el acceso directo al divorcio si no es dentro de los límites fijados en las causas tercera y cuarta del artículo 86 del Código Civil.

Básicamente, el cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos o bien desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho desde la firmeza y la resolución judicial de la separación o de la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges. O cuando quien pida el divorcio acredite que al iniciarse la separación de hecho el otro estaba incurso en causa de separación. También es causa directa de divorcio el cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos 5 años a petición de cualquiera de los cónyuges.

El informe presentado por el Defensor del Pueblo sobre la violencia doméstica contra las mujeres se pronuncia sobre la posibilidad de poder acceder directamente al divorcio cuando exista violencia doméstica en el matrimonio. Sobre esto también se ha hablado mucho, hay propuestas de varios partidos políticos en este sentido, es decir, en el de permitir que se vaya directamente al divorcio sin esperar a los requisitos exigidos en el artículo 86 en el Código Civil, sin tener que pasar previamente del proceso legal de separación matrimonial.

Hay autores también en contra de estas posiciones que opinan que este cambio no favorecería realmente a las personas que sufren maltrato familiar, puesto que la principal preocupación de estas personas es que se les faciliten unas medidas que eviten ese maltrato a las víctimas.

Una cobertura jurídica y social inmediata, a las víctimas, de ayudas económicas de protección, de obtener un domicilio seguro y que realmente no es la preocupación más importante, la diferencia que supone optar por el divorcio o la separación judicial en estos casos. Es decir, no evitaría la posibilidad de ir al divorcio directamente evitando la separación judicial el hecho de que haya más o menos violencia doméstica.

Las medidas cautelares se pueden adoptar perfectamente en un proceso de separación judicial o antes, como vamos a ver ahora, incluso de iniciar el proceso judicial de separación y por tanto entiendo que no es la principal preocupación en este cambio jurídico actualmente para evitar la violencia doméstica.

También de todos se es sabido que, no es necesario imputar al cónyuge conductas concretas para aprobar la causa de separación alegada en hechos de violencia doméstica ya que basta la desaparición de la llamada *afection maritalis* para iniciar el proceso de separación.

Pero en todo caso, en estos procesos judiciales resultará siempre conveniente alegar como causa de separación o divorcio las conductas agresivas a fin de que se acuerde por el juez las medidas protectoras de los intereses del cónyuge agredido y por su puesto de los menores en su caso.

La ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, regula la nulidad matrimonial, la separación, el divorcio que se encontraban regularizados con anterioridad en la famosa Ley del Divorcio la ley 30/81 de 7 de julio, y sigue prácticamente el mismo esquema pero incluye este tipo de procedimientos dentro de los procedimientos especiales.

Tras la entrada en vigor de la Ley del Enjuiciamiento Civil el cónyuge afectado por actos de violencia doméstica podrá instar un procedimiento de separación o divorcio solicitando al juzgado la separación provisional.

Para ello, la medida que tiene es la presentación de un escrito en el que solicita las medidas previas o urgentes ante el juzgado correspondiente y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 771 de la ley, esta solicitud la puede presentar directamente el interesado no necesita la intervención de abogado ni procurador de los tribunales para acudir al Órgano Judicial como es preciso en la mayoría de los procedimientos judiciales, como es obligado en los procedimientos de separación o divorcio. Es decir, se le permite a la víctima que presentando un escrito con lo mínimos requisitos solicite del juez que se adopten las medidas cautelares urgentes que eviten los actos de violencia que viene sufriendo bien el propio cónyuge o bien los menores en esta petición de medidas cautelares se han de contener las previstas en el artículo del Código Civil relativas a la separación provisional, a la revocación de poderes entre los cónyuges. Las contenidas en el artículo 103 del Código Civil es fundamental la atribución de la guardia y custodia de los hijos a uno de los cónyuges, evidentemente a quien no produce esa violencia dentro del domicilio conyugal, dentro del matrimonio.

Hay que determinar quien de los cónyuges quedará en el uso del domicilio familiar con un plazo en el otro cónyuge haya de dejarlo de forma obligada. Ha de fijarse también las comunicaciones y las visitas para con los hijos de ambos progenitores. Y ha de fijarse fundamentalmente la pensión de alimentos y la contribución a las cargas del matrimonio que uno de los cónyuges normalmente tendrá que obligarse a prestar al otro cónyuge y a los hijos menores de edad.

Básicamente, estas son las medidas civiles que se adoptaran de forma urgente y tendrán una vigencia de 30 días para que antes el cónyuge que las ha solicitado pueda interponer ante el órgano judicial el procedimiento principal de separación en la que ya

estas medidas se conviertan en definitivas y se adopten otras como pudieran ser el otorgamiento de la patria potestad o mejor dicho la privación de la patria potestad a uno de los cónyuges en el caso de que haya incumplido los deberes inherentes a la misma o se haya dictado una sentencia en una causa criminal que le haga acreedor de la privación de esta patria potestad sobre los hijos.

Evidentemente, en el ámbito de la violencia doméstica, el agresor puede ser privado de la patria potestad con respecto a los hijos menores. Normalmente la patria potestad será ejercida por ambos cónyuges, aunque la guardia y custodia pueda ser otorgada a uno u otro en los procesos de familia a criterio judicial.

Pero la novedad hoy más importante jurídicamente hablando en el ámbito de la violencia doméstica fue adoptada en la Ley 27/2003 de 31 de julio reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica. Digo que es la novedad más importante, porque a pesar de que es un procedimiento penal el que se inicia en una solicitud de orden de protección dirigida por la víctima ante el órgano judicial, ante el juzgado de Instrucción que se encuentra de Guardia en ese momento. Además, de las medidas penales que se adopten con respecto al agresor se adoptan las medidas civiles que hemos visto que hasta ahora solo se adoptaban en los procedimientos civiles por los juzgados de primera instancia de familia.

La orden de protección unifica así los distintos instrumentos de amparo y tutela a las víctimas de violencia doméstica. A través de un rápido y sencillo procedimiento judicial sustanciado, como decía, ante el juez de instrucción la víctima puede obtener un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal.

Así en una misma resolución que será un auto se incorporan conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimiento del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia.

Los requisitos básicos de la orden de protección son que haya indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, la integridad física o moral, la libertad sexual, la libertad o la seguridad, que la víctima sea alguna de las personas mencionadas en el artículo 173/2 del Código Penal, que sea o haya sido cónyuge o persona ligada a él por una análoga relación de afectividad, ascendientes, descendientes, hermanos por naturaleza, adopción o afinidad o persona conviviente. Y por último, que resulte una situación objetiva de riesgo.

El procedimiento es muy sencillo, la víctima presenta una solicitud, el juez convoca una audiencia urgente en ese mismo acto en el que está de guardia o en las 72 horas siguientes. Celebra una audiencia, con la víctima, el agresor y el ministerio fiscal y resuelve por auto. En ese auto adopta, como decía, las medidas penales, la prohibición de residir en un determinado lugar, la prohibición de acudir a determinados lugares para el agresor o de aproximarse, o lo que se denomina la orden de alejamiento del agresor y la comunicación con la víctima y en su caso con los hijos.

Y las medidas civiles que son las mismas que se adoptarían por el juez civil si se le solicitan unas medidas urgentes o previas como lo denominan la Ley de

enjuiciamiento civil. Se pretende con esto que en el mismo día o al día siguiente en el que una víctima presente una orden de protección el juez de instrucción adopte estas medidas civiles porque evidentemente el juez de primera instancia no podría adoptarlas de forma tan urgente.

Estas medidas son las mismas que se solicitarían ante el juez civil: atribución del uso y disfrute de la vivienda, la determinación del régimen, custodia, comunicación, visitas e instancias con los hijos, la determinación de pensiones de alimentos y cargas familiares y cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar principalmente a los menores del peligro de la violencia doméstica o de evitarles los perjuicios que esta conlleva.

Para que por el juez penal se tomen estas medidas civiles, no han debido ser adoptadas previamente por un juez civil, ni siquiera ahora que hayan sido solicitadas ante el juez civil. Tiene que ser la víctima la primera vez que las solicita y tienen una vigencia de 30 días, en ese plazo la víctima tiene que acudir al juez civil a que ratifique estas medidas e iniciar el procedimiento de separación judicial. Se adoptan, además, en la Orden de Protección unas medidas sociales, una renta activa para las víctimas y otra serie de coberturas sociales que le eviten el continuar en el domicilio conyugal, carecer de medios económicos para continuar adelante hasta que se resuelve el procedimiento judicial principalmente de separación, etc.

Esta Orden de Protección lleva rigiendo desde el mes agosto del año 2003 y es la medida jurídica más importante que se ha adoptado en España en relación con la violencia doméstica.

Violencia doméstica que como supongo hablarán también los ponentes que continúan, hay que demostrarla. La Violencia doméstica es relativamente fácil de demostrar cuando hay lesiones físicas, pero es muy complicada de demostrar cuando no hay lesiones físicas cuando la violencia es psíquica. Evidentemente no es fácil, se necesita la colaboración de muchos otros profesionales. Los abogados muchas veces nos encontramos con la dificultad de poder demostrar que nuestro cliente es víctima de violencia doméstica, salvo que haya un informe médico que acredite las lesiones que se arreciente.

En otro tipo de violencia hay que acudir a otros profesionales como a psicólogos, a los médicos forenses y de ellos debemos servirnos para iniciar los procedimientos judiciales y para, dentro de los procedimientos judiciales, poder acreditar y poder solicitar esas medidas cautelares urgentes que debemos solicitar y que sean acordadas porque está debidamente acreditada la violencia que se alega.