



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

TRABAJO FIN DE GRADO

VIOLENCIA DE GÉNERO, CUSTODIA DE MENORES, AYUDAS PÚBLICAS Y CUESTIONES DE TRABAJO EN UN CASO DE MOBILIDAD LABORAL DE UNA MUJER DE UN TERCER ESTADO.

VIOLENCIA DE XÉNERO, CUSTODIA DE MENORES, AXUDAS PÚBLICAS E CUESTIÓNS DE TRABALLO NUN CASO DE MOBILIDADE LABORAL DUNHA MULLER DUN TERCEIRO ESTADO.

GENDER VIOLENCE, CUSTODY OF MINORS, PUBLIC AIDS AND LABOR ISSUES IN A THIRD STATE NATIONAL'S LABOR MOBILITY CASE.

Autor: Sergio Díaz Piñeiro.

Cuarto Curso.

Tutor: Rafael Colina Garea.

Curso académico 2021/2022

Índice

0. LISTADO DE ABREVIATURAS.....	4
I. FUNDAMENTOS DE HECHO.....	6
II. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	6
III. RELACIONES LABORALES CON TRABAJADORES EXTRANJEROS SIN AUTORIZACIÓN PARA RESIDIR NI TRABAJAR Y DE LAS POSIBLES ACCIONES JUDICIALES DE ESTE.....	7
1. De las relaciones laborales.....	7
2. La validez del contrato de trabajo con un inmigrante irregular.....	9
3. Consecuencias del trabajo sin autorización.....	11
4. De la acción judicial.....	12
A) <i>Acto previo de conciliación o mediación</i>	13
B) Proceso monitorio.....	15
C) Proceso ordinario.....	16
IV. SITUACIONES DE LOS CIUDADANOS EXTRACOMUNITARIOS EN ESPAÑA: RESIDENCIA TEMPORAL POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES Y AUTORIZACIÓN DE TRABAJO A RESIDENTES.....	18
1. Situaciones en las que se pueden encontrar los ciudadanos extracomunitarios en España.....	18
A) Estancia.....	18
B) Residencia.....	19
C) Presente caso: residencia temporal excepcional por colaborar con autoridades públicas.....	20
2. Trámites para obtener una autorización de trabajo cuando ya se es residente.....	22
3. Denegación de la solicitud de autorización para trabajar: recursos.....	24
A) Del recurso potestativo de reposición.....	24
B) Recurso contencioso-administrativo.....	25
V. LA TIPICIDAD PENAL DE LAS CONDUCTAS DE LA ANTERIOR PAREJA DE AIDA: APROXIMACIÓN A LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	27
1. Análisis de las posibles conductas delictivas y acciones penales.....	27
A) Conducta de acoso.....	27
B) Del acceso a las redes sociales y hacerse pasar por Aida.....	28
C) Del envío del vídeo.....	29
2. Medidas cautelares y de otro tipo.....	30
A) Medidas cautelares.....	31
B) Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de violencia de género.....	35
3. Incumplimiento de las medidas cautelares por parte de la expareja de Aida.....	36
VI. AYUDAS PARA LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.....	38
1. Introducción a las leyes de violencia de género.....	38
2. Medidas de carácter económico contra la violencia de género.....	39
A) Ayudas de pago único de la legislación estatal.....	40
B) Renta Activa de Inserción.....	42
C) Prestación económica periódica.....	43
D) RISGA.....	45
E) Incompatibilidad de las presentes ayudas.....	46
VII. CONVENIO REGULADOR, PATRIA POTESTAD E INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES PATERNOS.....	47
1. El convenio regulador.....	47
2. La patria potestad.....	48
3. Incumplimiento de los deberes paternos.....	49
A) Ámbito civil.....	49
B) Ámbito penal.....	50
C) Demanda de privación de patria potestad.....	52

VIII. CONCLUSIONES.....	53
IX. BIBLIOGRAFÍA.....	56
X. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.....	57

0. LISTADO DE ABREVIATURAS.

AA. VV.	Autores varios.
AP	Audiencia Provincial.
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
Coord.	Coordinador.
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
Dir.	Director.
DOG	Diario Oficial de Galicia.
ET	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.
FGE	Fiscalía General del Estado.
IPREM	Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples.
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LECrím	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
LOEx	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.
LOMPIVG	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
LPACAP	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
LRJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.
PGE	Presupuestos Generales del Estado.
RAI	Renta Activa de Inserción.
RISGA	Renta de Inclusión Social de Galicia.
RLOEx	Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
SEPE	Servicio Público de Empleo Estatal.
SMAC	Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación.
SMI	Salario Mínimo Interprofesional.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
TC	Tribunal Constitucional.
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.
UE	Unión Europea.

I. FUNDAMENTOS DE HECHO.

Aida es una mujer de 30 años, de nacionalidad colombiana, que se encontraba en situación irregular. Después de que una amiga suya la recomendase en una empresa, se desplazó a Lugo para trabajar cuidando personas mayores. Tres meses de estar trabajando, se descubrió que la empresa que la contrataba era una empresa fantasma, por lo que fue denunciada por la inspección de trabajo. Aida fue llamada, en este procedimiento, para testificar sobre su actividad en la empresa. Allí declaró que no le pagaron todo lo que le debían por su trabajo y que no estaba dada de alta en la Seguridad Social. Como colaboró con la policía en esta investigación, le concedieron el permiso de residencia.

Pocos meses después se desplazó para A Coruña con su pareja y su hijo. Un tiempo después ella decide separarse porque considera que la convivencia con su pareja no era buena. Debido a esta separación, el comienza a acosarla, entra en sus cuentas de las redes sociales y la ofrece para realizar tríos con otras personas. También, llegó a mandar un vídeo en el que se veía a una pareja manteniendo relaciones sexuales, siendo interrumpida por un tercer sujeto que mataba a la mujer a cuchilladas.

Aida y su pareja no estaban casados, por lo que al separarse firmaron de mutuo acuerdo un convenio regulador. Se está a la espera de establecer un régimen de visitas, así como demás aspectos referentes al hijo.

Está muy preocupada al ver que el chico comienza a notar esas tensiones entre sus padres. De hecho, solicitó que los encuentros se realizasen en un punto de mediación ya que cuando se encontraba el chico con el padre, este último le hablaba muy mal de su madre y el chico tomaba una actitud mala y despectiva con respecto de la madre, tampoco se relacionaba en el colegio y suspendía. Desde agosto no se volvieron a encontrar y el chico cambió completamente su actitud, comenzó a mejorar en la escuela y también hizo nuevos amigos.

Actualmente, Aida está sin trabajo y no sabe si existe algún tipo de ayuda para mujeres que sufrieron violencia de género.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS.

El presente Trabajo Fin de Grado presenta una naturaleza multidisciplinar ya que estamos ante un supuesto de hecho en el que se hace referencia a diversas cuestiones que tienen cabida en diferentes ramas del Derecho. Así, nos centraremos en el Derecho Laboral, en el Derecho de Extranjería, en el Derecho Administrativo, en el Derecho Penal y en el Derecho Civil.

En el ámbito del Derecho Laboral se hace referencia a diversas cuestiones. En primer lugar, destaca lo relativo al contrato de trabajo y la validez de las relaciones laborales en las que aquel no media. En segundo lugar, tenemos la cuestión relativa a la necesidad de la autorización de residencia y trabajo de los extranjeros extracomunitarios que decidan desempeñar actividad laboral alguna en España. También se hace referencia al Derecho Laboral Procesal ya que abordamos las posibles acciones judiciales -y las correspondientes pretensiones- que podría entablar la protagonista por haber desarrollado su actividad laboral sin estar dada de alta en la Seguridad Social, los diferentes procedimientos que tendrían cabida y sus requisitos.

Respecto al Derecho de Extranjería destacamos la necesidad de la autorización de trabajo para poder desempeñar una actividad laboral. Asimismo, nos aproximamos a los diferentes tipos de permisos de residencia -concretamente al permiso por razón de colaboración con las autoridades públicas, que es el

que ha obtenido la protagonista-. A este respecto, también tenemos cuestiones relativas al permiso de trabajo, concretamente en qué casos este va aparejado al permiso de residencia y en cuáles no y, por tanto, necesita de una tramitación independiente por parte del interesado.

El ámbito del Derecho Administrativo está presente en una gran parte del supuesto de hecho ya que es necesario hacer referencia al procedimiento administrativo que debe seguir la protagonista para obtener el permiso de trabajo o las ayudas a las víctimas de violencia de género. Conociendo, también, el tipo de procedimiento, la tramitación o los recursos que caben contra las resoluciones administrativas. Asimismo, observamos la presencia del Derecho Administrativo sancionador en materias de extranjería.

Al respecto del Derecho Penal podemos comenzar haciendo referencia a la existencia de diferentes conductas delictivas llevadas a cabo por la expareja de Aida (delito de amenazas o delito de acoso, entre otros), estando por tanto en el ámbito de la violencia de género. En este sentido, se observa la presencia de las cuestiones relativas a qué delitos originan la condición de violencia de género y qué requisitos se deben cumplir -fundamentalmente el relativo a la existencia de una relación matrimonial o análoga, aun sin convivencia, entre el agresor y la víctima-. En este ámbito, también observamos lo relativo al asunto de las posibles acciones penales que podría interponer la protagonista y las medidas cautelares que se podrían imponer al sujeto activo de las conductas delictivas. Finalmente, nos encontramos con los delitos contra los derechos y los deberes familiares -especialmente el delito de abandono de familia y el delito de impago de pensiones-.

También se hace referencia al ámbito del Derecho Civil, específicamente al Derecho de Familia. Así, tenemos presentes las cuestiones relativas a las crisis matrimoniales y al ámbito de aplicación del convenio regulador, así como su concepto, naturaleza o requisitos. Asimismo, se encuadra la patria potestad y los deberes paternos inherentes a esta, concretamente observamos las consecuencias de su incumplimiento y las acciones que puede tomar al respecto la protagonista: acción de ejecución de la sentencia firma en la que se recoge el convenio regulador -con el objetivo de que su expareja cumpla sus deberes- y la privación de la patria potestad basada en el incumplimiento de dichos deberes.

III. RELACIONES LABORALES CON TRABAJADORES EXTRANJEROS SIN AUTORIZACIÓN PARA RESIDIR NI TRABAJAR Y DE LAS POSIBLES ACCIONES JUDICIALES DE ESTE.

1. De las relaciones laborales.

Aida es una ciudadana extranjera que se encuentra en España en situación irregular ya que no ostenta autorización para residir ni para trabajar. A pesar de tal circunstancia fue contratada por una empresa y desarrolló una actividad laboral.

A este respecto, debemos comenzar analizando tal relación para poder determinarla. Del artículo 1.1 del ET (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) se derivan las notas características o definitorias de la relación laboral que son la voluntariedad, la onerosidad -esto es, a cambio de un salario-, la ajenidad -en el ejercicio de la prestación- y la dependencia o subordinación.

En este sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha 672/2013, de 21 de mayo (ECLI:ES:TSJCLM:2013:1475), reafirma tal idea al recoger que “los elementos esenciales generales para poder determinar la naturaleza laboral o no de la relación, estaría enmarcada, conforme al artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, por la concurrencia de las notas de voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución, notas caracterizadoras de la existencia de una vinculación laboral que, poco a

poco, han venido siendo flexibilizadas por la jurisprudencia, como consecuencia de los cambios tecnológicos y de la continua aparición de nuevas actividades retribuidas en régimen de no necesaria presencia física del prestador de la actividad, y a veces, de una relajación de las condiciones de control de la prestación del mismo”.

En referencia al presente caso, observamos la nota de la voluntariedad en el sentido de que Aida se desplazó a Lugo para desempeñar una actividad laboral sin que haya constancia alguna de que fue forzada a realizar el desplazamiento o al ejercicio de la actividad. Está desempeñando un trabajo por cuenta ajena ya que media relación directamente con la empresa y no con las personas mayores a las que cuida. En cuanto a la dependencia, se observaría en las órdenes de carácter interno para el ejercicio de la actividad y en la dotación de los materiales necesarios para el ejercicio de la actividad, está, por tanto, relacionada esta nota con la ajenidad. Otra nota fundamental es que Aida desempeñe la actividad a cambio de un salario, circunstancia que se observa en el presente caso fundamentalmente cuando se hace alusión a los salarios debidos, lo que nos muestra que se había pactado una retribución y que durante algunos meses realmente la percibió.

Por tanto, podemos afirmar claramente que existe una relación laboral entre Aida y la empresa que la contrata ya que se observa la presencia de las notas definitorias de tal relación.

En cuanto a la ausencia de relación contractual escrita debemos hacer referencia a que en el ámbito laboral también se permite la contratación verbal de acuerdo con el artículo 8.1 del ET.

En este sentido, podemos afirmar que en el caso que nos ocupa se presume la existencia de un contrato laboral ya que Aida presta un servicio de cuidado de personas mayores por cuenta de una empresa y dentro de la organización de aquella a cambio de un salario. Asimismo, de conformidad con el apartado segundo de dicho precepto el contrato celebrado en forma oral se presume por tiempo indefinido y a jornada completa.

Consecuente, la STSJ de Castilla-La Mancha 1082/2013, de 25 de septiembre (ECLI:ES:TSJCLM:2013:2642), haciendo previa alusión al principio de libertad de forma de los contratos recogido en el artículo 8.1 del ET, expone que, del apartado segundo de este precepto, se deriva la necesidad de la forma escrita para algunos contratos entre los que se incluye el contrato temporal. Sin embargo, en el caso de este último, si no se observa la formalidad escrita se presume que estamos ante un contrato por tiempo indefinido y a jornada completa a no ser que se demuestre lo contrario.

Una vez determina la presencia de una relación laboral entre las partes, donde existe un contrato verbal, debemos hacer referencia a la situación de Aida. Así, pasamos a analizar el concepto de trabajador extranjero y la noción legal del mismo.

De conformidad con la exposición doctrinal de FERNÁNDEZ COLLADOS¹ el concepto de trabajador extranjero se caracteriza por la presencia de tres elementos: llevar a cabo un desplazamiento, existencia de una motivación laboral y la voluntad en la determinación de emigración.

Aida, es una ciudadana de origen colombiano que se desplazó desde su país de origen a este nuestro país. Del desplazamiento realizado y de las circunstancias expresadas en el presente caso podemos afirmar que existe un móvil laboral ya que se efectúa el desplazamiento migratorio y en el país de adopción Aida desempeña una actividad laboral que, aunque se desarrolle en situación irregular, nos

1 FERNÁNDEZ COLLADOS, B. *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*. Ed. Laborum, D.L. Murcia 2007, pp. 81 y 82.

ayuda a reafirmar la presencia de dicho móvil. En lo referente a la voluntad, se observa que el desplazamiento migratorio que lleva a cabo Aida depende exclusivamente de su libre voluntad. Por tanto, como se cumplen los tres elementos del concepto de trabajador extranjero, podemos afirmar que Aida es una trabajadora extranjera conforme al concepto propuesto por FERNÁNDEZ COLLADOS²

Por lo que concierne a las notas características de la noción legal de trabajador extranjero, la misma autora hace referencia a las siguientes cuatro: la ausencia de nacionalidad española, la edad (mayores de 16 años), la indiferente naturaleza del trabajo (por cuenta propia o ajena) y la idea de persona física (única persona que en nuestro derecho puede ser trabajador)³.

Aida, en el momento en que tienen lugar los hechos en cuestión, no tenía nacionalidad española ya que se encontraba en nuestro territorio en situación irregular. En referencia a la edad, tiene 30 años. Por tanto, se cumple el requisito de exceder de 16. Asimismo, se encontraba desempeñando una actividad profesional por cuenta ajena ya que era una trabajadora contratada por una empresa. Sin embargo, es indiferente la naturaleza del trabajo en lo tocante a la noción legal de trabajador extranjero siendo únicamente relevante el hecho de desempeñar una actividad laboral. Por último, estamos ante una persona física. Así, en el caso de Aida observamos que se cumplen las cuatro características de la noción legal de trabajador extranjero.

De conformidad con lo expuesto, Aida es una trabajadora, tanto a los ojos de la noción legal como del concepto de trabajador extranjero de acuerdo con la exposición doctrinal a la que hemos hecho referencia.

2. La validez del contrato de trabajo con un inmigrante irregular.

Cuestión trascendental que deriva de lo expresado en el presente caso es que Aida no disponía en aquel momento de autorización de residencia ni de trabajo. Es por ello que pasamos a abordar la cuestión del trabajo sin autorización y su posible validez o no.

Hasta la entrada en vigor de la LOEx (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social), que se produjo el 1 de febrero de dicho año, entre un empresario y un trabajador extranjero irregular no existía relación laboral y el contrato que mediaba entre las partes era nulo. En este sentido, podemos traer a colación la STS de 21 de marzo de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:2149) que conoce de un recurso de unificación de doctrina y reafirmaba la idea de la nulidad de este tipo de contrato al realizarse incumpliendo una prohibición expresa de la ley.

Sin embargo, tal situación cambió con la entrada en vigor de la LOEx ya que su artículo 33.3 reconoce validez a los contratos de trabajo de los inmigrantes irregulares -respecto a sus derechos-, eso sí, recordando la obligación de los empleadores de solicitar y obtener la preceptiva autorización y las posibles responsabilidades que se puedan derivar de no cumplir dicha obligación.

La redacción poco clara del contenido de dicho precepto fue objeto de varias reformas hasta llegar a la actual que se encuentra en los apartados 4 y 5 del artículo 36 LOEx. Así, el apartado cuarto se refiere a la obligación del empleador de solicitar la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. Mientras que el apartado quinto se refiere a la validez de los contratos de trabajo suscritos con inmigrantes irregulares en referencia a sus derechos y no será óbice para que este pueda obtener determinadas prestación -eso sí, excluyendo la prestación por desempleo-. Además, este

2 Íbiden Supra.

3 FERNÁNDEZ COLLADOS, B. *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, cit. pp. 83 y 84.

reconocimiento de validez no implica la inexistencia de responsabilidad por parte del empleador que contrate a un trabajador extranjero sin haber solicitado la autorización correspondiente.

Por tanto, el contrato verbal que mediaba entre Aida y su antiguo empleador es válido en referencia a sus derechos como trabajadora permitiendo, además, el acceso a determinadas prestaciones, excluida la de desempleo.

A este respecto, la STS de 9 de junio de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:3940) de acuerdo con lo expuesto y haciendo referencia al artículo 33.1 de la LOEx vigente en el momento en que ocurrieron los hechos, como no podría ser de otro modo, reafirma la idea presente de la validez de los contratos suscritos por trabajadores extranjeros que se encuentran en situación irregular. Añade, que como consecuencia de que estamos ante un contrato de trabajo válido referente a los derechos de los trabajadores, el trabajador irregular goza de la protección que se deriva del contrato de trabajo.

CAMAS RODA⁴ afirma que un extranjero irregular no tiene derecho a trabajar y, en caso de que desempeñase actividad laboral alguna es sancionado administrativamente. A pesar de ello, hace referencia a que en caso de que trabaje, aún de forma irregular, es titular de una serie de derechos de carácter laboral.

El artículo 10.1 LOEx afirma que sólo los trabajadores que se encuentren en situación regular pueden acceder al sistema de la Seguridad Social, como consecuencia de que tienen derecho a desempeñar una actividad profesional de conformidad con la presente Ley. Por tanto, a la luz de lo expuesto un trabajador irregular no se integra en el sistema de la Seguridad Social, idea que se reafirma en la STS de 18 de marzo de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1864)⁵.

El artículo 14.1 LOEx limita el acceso a las prestaciones y servicio de Seguridad Social a los extranjeros residentes -que se encuentren en territorio nacional con el correspondiente permiso de residencia y, en su caso, con autorización para trabajar- excluyendo, por tanto, a los extranjeros que se encuentren en situación irregular. A pesar de ello, el apartado tercero extiende los servicios y prestaciones sociales básicas a todos los extranjeros con independencia de la situación administrativa en que se encuentren.

La exclusión del sistema de Seguridad Social se refiere tanto a la denominada seguridad social contributiva⁶ -de conformidad con el artículo 7.1 LGSS (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social)- como a la seguridad social no contributiva⁷ -así, artículo 7.2 LGSS-.

En cuanto a qué presentaciones son aquellas a las que se refiere el artículo 36.5 LOEx, la doctrina mayoritaria considera que se refiere exclusivamente a las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. En este sentido, se entendería que los inmigrantes irregulares se encontrarían en situación asimilable al alta en la Seguridad Social.

Otra circunstancia a tener en cuenta es la relativa a la afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social. La Circular de 13 de febrero de 2001 de la TGSS (Tesorería General de la Seguridad Social) determina

4 CAMAS RODA, F. *Manual de Derecho del Trabajo, Seguridad Social y migraciones laborales*. Ed. Aranzadi-Thomson Reuters. Cizur Menor 2019, p. 251.

5 “Desde la perspectiva finalista de la LOEx, no es lógico que el extranjero en situación irregular, es decir, no residente, pueda acceder por el hecho de cometer una falta grave que autoriza a su expulsión, a cualquiera prestaciones de la S.Social (...). Ni tampoco es lógico reconocer a los extranjeros en situación irregular, los mismos derechos que a los extranjeros residentes (que en la materia que nos ocupa tienen los mismos que los españoles) cuando es notorio que la legislación de extranjería ha estado orientada siempre a estimular la emigración legal”.

6 MONTOYA MELGAR, A. *El empleo ilegal de inmigrantes*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor 2007, p. 139.

7 MONTOYA MELGAR, A. *El empleo ilegal de inmigrantes*, cit. p. 142.

que tanto la afiliación, el alta y las cotizaciones referentes al empleo ilegal de inmigrantes son nulas y establece la exigencia del permiso de trabajo. Es por ello, que en caso de que un empresario contrate a un extranjero irregular no se deriva responsabilidad alguna por la ausencia de afiliación, alta y cotización ya que no existe obligación al respecto.

Aida, de conformidad con lo expuesto en el apartado anterior es una trabajadora extranjera ya que cumple tanto los elementos o características del concepto de trabajador extranjero como de su noción legal. La relación que mediaba entre ella y su antiguo empleador era una relación laboral.

Las partes habían suscrito un contrato verbal que es plenamente válido en referencia a los derechos de Aida como trabajadora de conformidad con el artículo 36.5 LOEx. Asimismo, se reconoce el derecho del trabajador irregular a determinadas prestaciones. A pesar de ello, esta última afirmación necesita ser matizada ya que interpretando de forma conjunta dicho precepto con el artículo 10.1 LOEx y los artículos 7.1 y 7.2 LGSS llegamos a la conclusión que las prestaciones a las que se refiere el artículo 36.5 LOEx son las derivadas de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales.

Así, ante el incumplimiento del requisito de autorización de residencia y trabajo y al encontrarse en situación irregular Aida se ve excluida del sistema de Seguridad Social. Por tanto, no tiene derecho a prestación alguna, ni de carácter contributivo ni no contributivo, a excepción de las prestaciones a las que hemos hecho referencia en el párrafo anterior.

Respecto a la ausencia de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social, el antiguo empleador de Aida no asumirá ningún tipo de responsabilidad ya que en caso de inmigrantes irregulares -como el que nos atañe- las cotizaciones son nulas y, por ende, no se estaría quebrantando obligación alguna.

3. Consecuencias del trabajo sin autorización.

Como estamos ante un supuesto de trabajo sin autorización, es necesario tener presente que tal circunstancia lleva aparejada una serie de consecuencias administrativas tanto para el empleador como para el empleado, pudiendo estar ante infracciones leves, graves o muy graves.

El artículo 53.1.b) LOEx contempla como infracción grave la conducta del inmigrante que careciendo de autorización para trabajar y residir esté trabajando en España. En el presente caso, Aida se encuentra en territorio español en situación irregular, esto es, no tiene permiso de residencia ni permiso de trabajo. Por tanto, no podría desempeñar actividad laboral alguna. Así, la situación en la que se encuentra la protagonista encaja con lo expresado en dicho precepto y cumple los elementos de dicha infracción. Observamos, pues, que Aida está cometiendo una infracción grave de conformidad con lo expuesto.

En lo tocante al empleador, el artículo 54.1.d) fija como infracción muy grave el hecho de contratar a trabajadores extranjeros sin tramitar y obtener previamente la autorización de residencia y trabajo, esto es, que se encuentren en situación irregular. Añade que se comete una infracción por cada trabajador contratado en dichas circunstancias. De acuerdo con lo expuesto, Aida es una trabajadora extranjera que no disponía en el momento de los hechos de autorización de trabajo ni de residencia. A pesar de ello, su antiguo empleador la contrató de forma irregular por lo que no observó la obligación de tramitar con carácter previo a la contratación la correspondiente autorización. Así, concluimos que la conducta del empleador encaja con lo expresado en el artículo 54.1.d) cometiendo, por tanto, una infracción muy grave.

En relación con las sanciones, observamos que, para el caso de Aida, en el que se comete una infracción grave, se contempla una multa que oscila entre 501 y 10.000 euros. Para el caso del empleador, se

contempla una pena de multa que oscila entre 10.001 y 100.000 euros ya que estamos ante una infracción muy grave de acuerdo, en ambos supuestos, con el artículo 55.1 de la LOEx tanto las infracciones como las sanciones prescribirán en virtud de lo fijado en el artículo 56.

Al respecto de la responsabilidad empresarial, a la multa contemplada en el párrafo anterior se le sumará la cantidad de las cuotas de la Seguridad Social y de los demás conceptos de recaudación conjunta tal y como establece el artículo 48 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial, el control del principio de proporcionalidad de las sanciones por parte de los órganos jurisdiccionales se limita a analizar si el grado elegido es el correcto y si existe congruencia entre los hechos que se imputan y la responsabilidad exigida⁸.

El artículo 55.2 LOEx establece que la competencia para la imposición de las sanciones en materia de extranjería le corresponde al subdelegado del Gobierno o al Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales.

Por su parte, el artículo 57 hace referencia a la expulsión del extranjero infractor del territorio nacional. El apartado primero determina que se podrá imponer en determinados casos -infracciones muy graves o las graves contempladas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1- cuando el infractor sea un extranjero en lugar de la sanción de multa atendiendo al principio de proporcionalidad. En este sentido el apartado 3 fija la incompatibilidad de la sanción de multa y la sanción de expulsión del territorio.

Así, Aida ha cometido una infracción grave que se sanciona con multa o con expulsión del territorio nacional. Por tanto, el órgano competente para imponer la sanción debe optar entre una de ambas sanciones atendiendo al principio de proporcionalidad.

En el presente caso, observamos que la motivación que llevó a Aida a desempeñar la actividad laboral en tal circunstancia sería una situación de necesidad económica ya que estamos hablando de un caso de inmigración en el que existe un móvil laboral. Asimismo, una vez que se descubre que la empresa es fantasma y fue denunciada por Inspección de Trabajo, Aida colaboró con la investigación y testificó sobre la actividad de la empresa. Como consecuencia de dicha colaboración obtuvo el permiso de residencia. A estos efectos, considero que -teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad- la sanción que, en tal caso, se debería imponer a Aida sería la de multa.

4. De la acción judicial.

En lo referente a la posibilidad de Aida de ejercitar acciones judiciales contra su antiguo empleador, debemos afirmar que tal posibilidad sí que existe ya que estamos ante un contrato de trabajo al que se le reconoce validez en referencia a sus derechos como trabajadora. Así, se procedería a la reclamación de cantidades debidas o salarios como consecuencia de los salarios impagados a los que se hace referencia en el caso expuesto, tratando de lograr la condena al pago de los mismos. La reclamación de salarios impagados por la empresa se deriva del artículo 29 ET que establece el carácter puntual y mensual del salario, también hace referencia al interés de mora.

⁸ A este respecto la STSJ de Galicia 636/2013, de 18 de septiembre (ECLI:ES:TSJGAL:2013:7036) determina que “conforme la reiterada doctrina jurisprudencial al respecto, el control jurisdiccional del criterio de proporcionalidad ha de centrarse en el análisis de la corrección del grado elegido, mínimo, medio o máximo y al objeto de determinar si existe la debida adecuación entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. La elección de la cuantía dentro de cada grado corresponde a la Administración que discrecionalmente fijará el concreto importe de la sanción, no controlable jurisdiccionalmente, a salvo de que se alegue fundadamente arbitrariedad en la decisión administrativa”.

Por tanto, ante la ausencia de pago del salario que se da en el presente caso, Aida simplemente puede acudir a la vía de la reclamación de los salarios debidos, con el correspondiente interés moratorio del 10% de lo adeudado, ya que entre ella y el empresario deudor ya no existe relación contractual alguna que pudiere ser objeto de extinción.

La STS de 18 de marzo de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1864) establece que el trabajador extranjero en situación irregular puede reclamar una indemnización por daños y perjuicios en los casos en los que concurran ciertas contingencias comunes y no pueda acceder a las prestaciones de la Seguridad Social como consecuencia del comportamiento llevado a cabo por el empleador. La sentencia añade que las responsabilidades a las que se refiere el artículo 36.3 LOEx excede de las circunscritas a la cotización. En el presente caso, esta indemnización no tiene cabida ya que no tenemos constancia que Aida haya sufrido alguna contingencia común, que se refiere a enfermedades o accidentes no laborales.

El artículo 59.1 ET establece que las acciones prescriben en el plazo de un año, salvo que se fije un plazo especial. En el presente caso, no se ha fijado ningún plazo especial y, por ello, es de aplicación la regla general. Así que, Aida debe interponer la reclamación de los salarios impagados antes de que transcurra un año desde que se debieron cobrar.

Ya en vía procedimental, tendríamos tres pasos a seguir por el siguiente orden. En primer lugar, debemos comprobar si el acto previo de conciliación o mediación tiene carácter preceptivo, en cuyo caso tendríamos que presentar la correspondiente papeleta de conciliación. En segundo lugar, debemos comprobar si cabe demanda de juicio monitorio ya que es necesario el cumplimiento de una serie de requisitos. En último lugar, tendríamos la demanda de juicio ordinario.

A) Acto previo de conciliación o mediación.

El artículo 63 LRJS (Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social) establece un requisito previo de carácter general a la tramitación de un proceso judicial que consiste en haber intentado la conciliación o mediación ante un servicio administrativo o ante el órgano al que le corresponda estas funciones. Sin embargo, existen diversas excepciones que se recogen en el artículo 64 LRJS.

El apartado primero de dicho precepto contempla la primera excepción que se refiere a los procesos que exigen agotar la vía administrativa, entre ellos se incluye la impugnación del despido colectivo por los representantes de los trabajadores, la impugnación relativa a las vacaciones o la relativa al ámbito electoral. A esta primera excepción, tenemos que añadir dos excepciones contempladas en el segundo apartado: la primera de ellas se refiere a los casos en los que el demandado es el Estado u otro ente público junto con personas privadas y la pretensión exija agotar la vía administrativa y la segunda de ellas se refiere a los casos en los que una vez que se presenta la papeleta o la demanda contra una serie de personas determinadas sea necesario ampliarla a distintas personas.

La acción de reclamación de cantidades debidas o salarios, que entablamos en el presente caso, no se contempla entre los supuestos exceptuados en el artículo 64 LRJS y, por tanto, es de aplicación el artículo 63 LRJS siendo requisito previo a la tramitación del proceso el intento de conciliación o de mediación ante servicio administrativo.

La solicitud de conciliación o mediación tiene dos efectos. En primer lugar, produce la interrupción de los plazos de prescripción de la reclamación y suspende los plazos de caducidad de las acciones. En segundo lugar, fija los hechos que se pueden incluir en la demanda ya que debe existir congruencia⁹.

⁹ Véase la STC 127/2006, de 24 de abril (ECLI:ES:TC:2006:127).

Asimismo, en virtud del artículo 66 LRJS observamos la obligatoriedad de la asistencia al acto de conciliación o mediación. En caso de que, existiendo una correcta citación, no asista a dicho acto el solicitante sin alegar justa causa se entiende como no presentada la papeleta de conciliación y se procede a archivar lo actuado de acuerdo con el segundo apartado de dicho precepto. En la eventualidad de que, estando correctamente citada no asista la otra parte, el artículo 66.3 LRJS determina que se tendrá la conciliación o mediación por intentada haciéndose constar tal circunstancia en el acta. Añade el precepto que, si la sentencia que se dicte en el subsiguiente proceso es congruente con la pretensión recogida en la papeleta de conciliación, el juez o tribunal que dicte sentencia debe condenar a dicha parte a las costas.

El procedimiento se inicia con la solicitud de conciliación o mediación, produciéndose los efectos detallados en el artículo 65 LRJS y que hemos mencionado anteriormente.

El órgano competente ante el que se ha de interponer la pertinente conciliación previa es el SMAC (Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación) que depende del Ministerio de Trabajo o de la Consejería autonómica que asuma las competencias de trabajo en caso de que se transfieran. En el presente caso, depende de la Consellería de Emprego e Igualdade de la Xunta de Galicia.

Una vez que se solicita la conciliación previa se procede a la citación de las partes y a continuación, como es lógico, tiene lugar la comparecencia. Las partes están obligadas a comparecer y se procede a la celebración del acto de conciliación. Este acto es dirigido por un letrado conciliador y concluye con un resultado. El acto de conciliación o mediación puede concluir con avenencia entre las partes, caso en que lleguen a un acuerdo, o sin avenencia. En este último caso, se tiene por cumplido el requisito previo de intento de conciliación y, por ende, se podrá acudir a la jurisdicción laboral interponiendo la correspondiente demanda, cuyos hechos deben ser congruentes con los hechos de la conciliación o mediación.

El acuerdo de conciliación o de mediación puede ser objeto de impugnación por las partes y por quien pudiese sufrir un perjuicio (artículo 67 LRJS). Además, dicho acuerdo es título ejecutivo (artículo 68 LRJS).

El acuerdo de conciliación o mediación, de conformidad con BELLIDO ASPAS, “constituye un supuesto especial de contrato de transacción, que tiene como finalidad la evitación del proceso”¹⁰.

Referente al efecto de la papeleta de conciliación de determinación de los hechos de la demanda, debemos destacar la STC 127/2006, de 24 de abril (ECLI:ES:TC:2006:127), que expone que “el demandante no tiene obligación alguna de realizar calificaciones jurídicas en la papeleta de conciliación ni sobre la medida empresarial, ni sobre el procedimiento adecuado, pues es notorio que la normativa sobre la conciliación previa impone la enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que versa la pretensión (artículo 6 del Real Decreto 2756/1979, de 23 de noviembre), pero no exige en ningún caso que en la solicitud de conciliación se realicen calificaciones jurídicas, citas de preceptos, indicaciones de la modalidad procesal adecuada, ni tampoco que se expliciten en ella las razones jurídicas que fundamentan la pretensión, lo que resulta plenamente coherente con el hecho de que se permita a los interesados acudir personalmente, sin asistencia letrada, al acto de conciliación”. Ello en consonancia con la redacción del artículo 80.1. c) LRJS que hace referencia a la congruencia que debe existir entre los hechos de la conciliación o mediación y los de la demanda.

Otro aspecto a tener en cuenta es qué ocurriría si se interpone demanda sin haber acreditado el requisito previo de conciliación o mediación. El artículo 81 LRJS, relativo a la admisión de la demanda, expone

10 BELLIDO ASPAS, M. “Capítulo Sexto. La evitación del proceso”, en AA.VV. *Sistema de Derecho Procesal Laboral*. J. F Lousada Arochena y R.P Ron Latas (coord.). Ed. Laborum. Segunda Edición. Murcia 2019, p. 102.

en su tercer apartado que estamos ante un defecto subsanable ya que el LAJ (Letrado de la Administración de Justicia) le dará al demandante el plazo de 15 días para que acredite el cumplimiento de dicho requisito, indicándole que en caso contrario se procederá a archivar las actuaciones. En este sentido, BELLIDO ASPAS¹¹ matiza que en la práctica judicial se es flexible en referencia al cumplimiento de este requisito e, incluso, se permite la subsanación a posteriori, esto es, después de haber presentado la papeleta de conciliación o haber solicitado la mediación.

A la luz de lo expuesto, Aida debe comenzar interponiendo la papeleta de conciliación o mediación ya que la reclamación de salarios no se excluye del requisito previo del proceso de intento de conciliación o mediación cuyo objetivo es resolver la controversia sin tener que acudir a la vía judicial. Este proceso previo puede terminar con avenencia -en caso de que las partes alcancen un acuerdo y resuelvan el conflicto- o, por el contrario, puede resultar sin avenencia y que se tenga por intentado.

Una vez que se ha intentado el acto previo de conciliación y mediación y este termina sin avenencia, tenemos dos posibilidades judiciales para tratar de solucionar la presente controversia. En primer lugar, existe la posibilidad de acudir al proceso monitorio, que está condicionado al cumplimiento de determinados requisitos. En segundo lugar, en caso de que no se cumplan los requisitos del proceso monitorio o de que el demandado se oponga a la reclamación del trabajador se ha de acudir al proceso ordinario.

B) Proceso monitorio.

El objeto del proceso monitorio lo representa la reclamación de cantidades que el empresario le debe a un trabajador¹².

Para que una determinada controversia se pueda ventilar por el proceso monitorio, que está regulado en el artículo 101 LRJS, es necesario tener presente las condiciones que se recogen en dicho precepto:

- La reclamación se ha de referir exclusivamente a cantidades vencidas, exigibles y de cuantía determinada.
- El empresario demandado no puede estar en situación de concurso de acreedores.
- Las cantidades objeto de reclamación han de derivar de relación laboral.
- Se excluyen las reclamaciones colectivas y las que se interponen contra Entidades gestoras y colaboradoras de la Seguridad Social.
- La reclamación no puede exceder de 6.000 euros.
- La notificación se ha de poder practicar conforme a los procedimientos previstos en los artículos 56 y 57 de la presente Ley.

En el presente caso no tenemos conocimiento de la cantidad objeto de reclamación ni si existe documento alguno en base al cual probar la relación laboral. Las restantes condiciones o requisitos fijados en el artículo 101 LRJS se cumplen, por lo que si la cantidad objeto de reclamación no excede de 6.000 euros y existe documento probatorio de la relación laboral se podría interponer demanda de proceso monitorio si la conciliación o mediación previa, de carácter obligatorio, no surte efectos.

El proceso monitorio está pensado para que el trabajador reclame cantidades que el empresario, que no está en concurso de acreedores, le debe. A este respecto LIÉBANA ORTIZ¹³ expone que estamos ante un supuesto de legitimación activa singular ya que sólo lo está aquel trabajador que justifique de forma

11 BELLIDO ASPAS, M. “Capítulo Sexto...”, cit. p. 103.

12 LIÉBANA ORTIZ J.R. “El nuevo proceso monitorio laboral: una visión de conjunto”. *Revista española de Derecho del Trabajo*, n.º 156, 2012: “El objeto de dicho proceso se concreta única y exclusivamente en la reclamación de los salarios atrasados del trabajador por cuenta ajena”, p. 156.

13 LIÉBANA ORTIZ, J.R. “El nuevo proceso monitorio...”, cit. p. 152.

documental que el empresario le debe salarios, también puede actuar el sindicato al que esté afiliado el trabajador en su nombre y representación.

En lo tocante a la tramitación, el proceso monitorio se inicia con una petición inicial de la persona interesada, esto es, de Aida., cuyo contenido se fija en el apartado a) del artículo 101 LRJS. Además de aportar la documentación que acredite haber cumplido con el requisito de conciliación o mediación previa, se debe aportar cualquier documento que acredite la relación laboral y la cuantía de la deuda. Es el LAJ es que comprueba que se hayan cumplido los requisitos, si existen defectos subsanables le concede al demandante el plazo de cuatro días para que proceda a su subsanación, mientras que ante defectos insubsanables deberá dar cuenta al juez.

Si la petición es admisible, requerirá al empleador al pago o para que alegue en el plazo de 10 días haciendo constar que si no procede al pago ni comparece se procederá a despachar ejecución contra él de conformidad con el artículo 101.b) LRJS.

El artículo 101. b) LRJS establece que, si el empleador procede al pago o a la consignación se entiende, tras entregar la cantidad al trabajador, concluido el proceso y se archivará. En caso de oposición del demandado, la letra e) del artículo 101 LRJS establece que se pondrá en conocimiento del trabajador para que en los cuatro días siguientes presente demanda ante el Juzgado de lo Social competente y se procederá a señalar los actos de conciliación y al juicio ordinario. Por último, la letra g) establece que el demandante puede solicitar auto en el que se reclame la cantidad que haya sido reconocida o no impugnada.

En caso de que no se cumplan las condiciones detalladas en el artículo 101 LRJS y no proceda el proceso monitorio se ha de interponer demanda de juicio ordinario con el que se iniciará el procedimiento ordinario. Asimismo, de acuerdo con lo expuesto, en caso de que el empleador levante oposición a la reclamación del trabajador este podrá acudir al proceso ordinario de conformidad con el artículo 101 e) LRJS.

Así, al no tener constancia del cumplimiento de la circunstancia relativa a que la cantidad que se reclama sea inferior a 6.000€ ni de la existencia de documento probatorio de la relación laboral, hemos de concluir que no se cumplen las condiciones o requisitos detallados en dicho precepto y, por tanto, no cabe acudir al proceso monitorio. Por tanto, Aida debería acudir directamente al proceso ordinario una vez que se ha intentado el acto previo de conciliación o mediación.

C) Proceso ordinario.

La asistencia letrada de Aida, o incluso ella misma ya que puede litigar por sí misma al no ser preceptiva la presencia de abogado, debería presentar demanda de juicio ordinario, fundamentada en la reclamación de los salarios debidos, en caso de que la conciliación o mediación previa concluya sin avenencia.

El procedimiento ordinario se inicia con una demanda de juicio ordinario. La forma y el contenido de la demanda se regula en el artículo 80 LRJS. Así, se refleja que la forma ha de ser escrita y debe constar el siguiente contenido: (1) designación del órgano, (2) designación del demandante, (3) enumeración clara y concisa de los hechos que han de ser congruentes con los de la conciliación o mediación, (4) súplica, (5) domicilio y datos del demandante si litigase por sí mismo o del letrado en caso de que designe uno y (6) fecha y firma.

A la demanda debe acompañar los documentos que acrediten haber cumplido con el requisito previo de conciliación o mediación. Asimismo, Aida debe presentar tantas copias de la demanda como

demandados e interesados haya. En caso de que intervenga en Ministerio Fiscal se deberá presentar una copia para este.

El LAJ debe estudiar la admisibilidad de la demanda de conformidad con el artículo 81.1 LRJS. Si existe falta de jurisdicción o competencia dará cuenta al juez, mientras que en caso de que existan defectos u omisiones deberá dar traslado a la demandante para que proceda a la subsanación en el plazo de cuatro días. Una vez que se subsane, el LAJ tiene un plazo de cuatro días para admitir. En caso de que no se haya procedido a la subsanación será el juez quien resuelva sobre la inadmisión.

Acordada la admisión, el LAJ tiene que señalar la fecha y la hora de los actos de conciliación y juicio, teniendo que existir un plazo de diez días entre la citación y la celebración de los actos de conciliación y juicio de acuerdo con el artículo 82 LRJS.

En primer lugar, se procede a la conciliación judicial ante el LAJ que puede concluir con avenencia o sin ella. A este respecto, BELLIDO ASPAS¹⁴ es un título ejecutivo que sustituye a la sentencia y tiene el mismo valor que ella. Asimismo, este acuerdo puede ser objeto de impugnación ante el mismo juzgado en el que se interpuso la demanda.

En caso de que no se alcance un acuerdo en la conciliación judicial se procederá a resolver la controversia en el acto del juicio. Este comenzará resolviendo sobre las cuestiones previas, los recursos y otras incidencias pendientes de resolución, así como lo relativo a la competencia, presupuestos de la demanda o el alcance y los límites de la pretensión que consulte el juez o tribunal. El paso siguiente es que el demandado ratifique o amplíe la demanda y el demandado proceda a contestar afirmando o negando los hechos de la demanda. Todo ello de conformidad con el artículo 85 LRJS.

A continuación, se produce el desarrollo de las pruebas: interrogatorio de testigos (artículo 92 LRJS), prueba pericial (artículo 93 LRJS), prueba documental (artículo 94 LRJS) e informes de expertos (artículo 95 LRJS). De conformidad con el artículo 88 LRJS se pueden realizar todas aquellas pruebas que se consideren necesarias como diligencias finales una vez que ha finalizado el juicio, pero dentro del plazo para dictar sentencia.

Finalizado el acto de juicio, el juez o tribunal tiene que dictar la correspondiente sentencia motivada en el plazo de cinco días.

En consecuencia con lo expuesto en el presente apartado en referencia a la acción judicial, hemos de concluir que en el presente caso Aida debe comenzar su reclamación con la presentación de la papeleta de conciliación ante el SMAC con el fin de tratar resolver el conflicto en la vía extrajudicial. Si las partes llegan a un acuerdo concluye el proceso y este es un título ejecutivo. Aunque puede ser objeto de impugnación.

En caso de que la conciliación resulte sin avenencia debería interponer demanda de juicio ordinario. Acudiríamos directamente al proceso ordinario ya que no tenemos constancia del cumplimiento de todos los requisitos expuestos en el artículo 101 LRJS en referencia al proceso monitorio. El precepto exige que la reclamación dineraria no exceda de 6.000€ y que se pruebe la existencia de la relación laboral por medio de documento alguno. Sin embargo, en el caso que nos ataña no tenemos conocimiento de la cantidad exacta objeto de reclamación -que seguramente a la luz de lo expuesto exceda de tal cantidad ya que se reclaman salarios de los últimos meses, con el interés moratorio del 10%- ni de la existencia

14 BELLIDO ASPAS, M. “Capítulo Undécimo. Conciliación”, en AA.VV. *Sistema de Derecho Procesal Laboral*. J. F Lousada Arochena y R.P Ron Latas (coord.). Ed. Laborum. Segunda Edición. Murcia 2019, p. 150.

de documento alguno en base al cual probar que ha existido una relación laboral entre Aida y su antiguo empleador.

El proceso ordinario comienza con una fase previa de conciliación judicial ante el LAJ que tiene como finalidad que las partes alcancen un acuerdo y no se llegue a celebrar el acto del juicio. Por tanto, en caso de que Aida y su antiguo empleador alcancen un acuerdo ante el LAJ concluiría el proceso, siendo este acuerdo conciliatorio un título ejecutivo. Este acuerdo también puede ser objeto de impugnación.

Finalmente, se ha de matizar que en caso de que se cumpliesen las dos circunstancias a las que hemos hecho referencia en el apartado anterior -esto es, la cantidad objeto de reclamación no sea superior a 6.000 euros y exista documento alguno en base al cual probar que ha existido una relación laboral entre Aida y su antiguo empleador- Aida podría acudir al proceso monitorio una vez intentada la conciliación, y esta resultase sin avenencia. Este proceso podría acabar con el pago de la cantidad reclamada o, por el contrario, con la oposición del antiguo empleador. Y, en este último caso, de conformidad con lo expuesto se acudiría al proceso ordinario.

IV. SITUACIONES DE LOS CIUDADANOS EXTRACOMUNITARIOS EN ESPAÑA: RESIDENCIA TEMPORAL POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES Y AUTORIZACIÓN DE TRABAJO A RESIDENTES.

1. Situaciones en las que se pueden encontrar los ciudadanos extracomunitarios en España.

El artículo 29 LOEx hace referencia a dos posibles situaciones en las que se pueden encontrar los ciudadanos extracomunitarios en el territorio español. Así, se pueden encontrar bien en situación de estancia bien en situación de residencia.

A) Estancia.

La situación de estancia está regulada por el artículo 30 LOEx y se entiende como la permanencia en territorio español por un período de tiempo que no exceda de 90 días. Asimismo, una vez que han transcurrido esos 90 días, el ciudadano extracomunitario deberá obtener una prórroga de la estancia u obtener un permiso de residencia.

El artículo 28 RLOEx (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social) completa el concepto de estancia y añade los siguientes elementos:

1. El extranjero no puede ser titular de una autorización de residencia.
2. Es necesaria la autorización de la estancia, la autorización puede ser expresa o tácita. Ha de ser previa en los casos contemplados en el artículo 33 LOEx.
3. El período máximo de 90 días se refiere por semestre y puede ser un único periodo ininterrumpido o, por el contrario, podemos estar ante suma de períodos sucesivos.

Asimismo, la situación de estancia podemos dividirla en casos de entrada con visado y casos de entrada sin visado. La norma general es la necesidad de visado para poder entrar en territorio nacional. El artículo 25 LOEx establece que no será exigible el visado en los casos en que así se determine en los convenios internacionales suscritos por España o en la legislación comunitaria o cuando el extranjero tenga una tarjeta de identidad. A este respecto, también tenemos que traer a colación los casos previstos en el artículo 7.2 RLOEx en los que tampoco se exige visado entre los cuales destaca las nacionales de países exentos conforme la normativa comunitaria.

El artículo 25 bis LOEx contempla los diferentes tipos de visados: visado de tránsito, visado de estancia, visado de residencia y trabajo, visado de residencia y trabajo de temporada, visado de estudios y visado de investigación.

Otra opción, que se contempla en los artículos 25.4 LOEx y 36 RLOEx, es la entrada -y consiguiente estancia- en territorio español sin la documentación necesaria. En tal caso, se puede autorizar por el titular del Ministerio de Interior o el titular del Ministerio de Trabajo e Inmigración cuando concurren motivos humanitarios, de interés público u obligaciones internacionales. Esta posibilidad es de carácter excepcional de acuerdo con la literalidad del precepto del reglamento.

La regla general de permanencia en España por un tiempo no superior a 90 días tiene la excepción de las situaciones contempladas en el artículo 33 LOEx, en cuyo caso el régimen de estancia durará mientras transcurra la situación por la que se concedió dicha estancia. Las situaciones que se contemplan en dicho precepto se caracterizan por ser actividades de carácter no laboral y son las siguientes: realizar estudios, realizar actividades de investigación o formación, participar en programas de intercambio de alumnos, realizar prácticas no laborales y realizar servicios de voluntariado.

Una diferencia que media entre la situación de estancia y la situación de residencia es que la primera, como norma general, no necesita autorización administrativa previa mientras que en el caso de residencia sí es necesaria tal autorización. La excepción a la regla general de la estancia la representan los casos del artículo 33 de la LOEx -ya que sí se exige autorización administrativa previa- de acuerdo con RUEDA VALDIVIA¹⁵.

La situación de estancia puede ser objeto de prórroga siendo diferente en los supuestos de entrada con visado y en aquellos casos en los que no es necesario el mismo.

B) Residencia.

Otra de las situaciones en la que se pueden encontrar los ciudadanos extracomunitarios en territorio español es la residencia. Del artículo 30 bis de la LOEx extraemos que la residencia es una situación que necesita ser autorizada por las autoridades competentes. Además, observamos que existen dos tipos de situaciones de residencia. Por un lado, existe la residencia temporal y, por otro, la residencia de larga duración.

La residencia temporal es aquella en la que se autoriza a un extranjero a permanecer en España por un período de tiempo que es superior a 90 días e inferior a 5 años. El artículo 45 RLOEx recoge varios tipos de autorizaciones que existen en el régimen de residencia temporal.

De conformidad con FERNÁNDEZ PÉREZ existen tres tipos de situaciones de residencia temporal: ordinaria, especial y excepcional¹⁶.

La residencia temporal ordinaria es aquella que se otorgará a quienes acrediten que tiene medios económicos suficientes para cubrir sus gastos de manutención y estancia durante el tiempo en que soliciten estar en territorio nacional. Asimismo, este tipo de residencia se otorgará a aquellos extranjeros que ostenten la preceptiva autorización administrativa para trabajar, sea por cuenta propia o ajena. Es por ello, que para que se conceda la autorización de residencia se debe demostrar alguna de las situaciones anteriores, esto es, que se tiene capacidad económica suficiente para el caso en que el

15 RUEDA VALDIVIA, R. “Comentario al artículo 30 de la Ley de Extranjería” en AA.VV. *Comentarios a la ley de extranjería y su nuevo reglamento*. Cavas Martínez, F. (dir). Ed. Civitas Thomson. Cizur Menor 2011, pp. 487 y 488.

16 FERNÁNDEZ PÉREZ, A. *Derecho de extranjería*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2021 p 83.

extranjero quiera residir temporalmente en España sin trabajar o que se dispone de la preceptiva autorización de trabajo en el caso de que el extranjero desee trabajar.

La residencia especial es aquella que se obtiene como consecuencia del derecho fundamental a vivir en familia. Estamos, por tanto, ante la residencia por reagrupamiento familiar.

La residencia excepcional es la que es concedida por la Administración como consecuencia de la concurrencia de determinadas circunstancias excepcionales tal y como recoge el artículo 31 LOEx que establece una remisión al Reglamento en referencias a dichas circunstancias. Dicho precepto también establece que en este tipo de residencia temporal no se exige visado. Las razones por las que se puede otorgar la residencia excepcional son:

- razones de protección internacional
- razones humanitarias
- colaboración con autoridades públicas, razones de seguridad nacional o interés público
- colaboración contra redes organizadas
- ser extranjero víctima de trata de seres humanos
- arraigo, existiendo tres tipos: social, laboral y familiar
- ser mujer víctima de violencia de género.

El artículo 31.5 LOEx establece un requisito común de las autorizaciones de residencia temporal que es que el extranjero carezca de antecedentes penales tanto en España como en los países en los que hubiere residido anteriormente, en este último caso se refiere a delitos que también se recojan en el ordenamiento jurídico español. Asimismo, exige no que el extranjero no tenga la consideración de rechazable en países con los que España tenga convenio al respecto

La residencia de larga duración de conformidad con el artículo 32 LOEx es la que autoriza a un extranjero a residir y a trabajar en territorio español de forma indefinida, en igualdad de condiciones que los nacionales españoles. Tienen derecho a obtener la autorización de residencia de larga duración aquellos extranjeros que hayan residido de forma legal y continuada en España durante cinco años. En referencia a la forma continuada, el artículo 148 RLOEx establece que se permiten ausencias de hasta seis meses consecutivos, eso sí, el cómputo total de las ausencias no puede sobrepasar el límite de diez meses en dicho periodo de cinco años, salvo que las salidas se hubiesen realizado de manera irregular.

Otros extranjeros que tienen derecho a obtener la residencia de larga duración son aquellos que hayan residido en España durante los últimos dos años y que en el periodo inmediatamente anterior de tres años hubiesen residido en un Estado miembro de la Unión Europea como titular de una Tarjeta azul-UE.

Finalmente, el artículo 148.3 RLOEx establece una serie de circunstancias en las que también se concederá la residencia de larga duración, a título ejemplificativo podemos destacar el caso de extranjeros que sean de origen español y perdieran la nacionalidad o el caso de apátridas, refugiados o beneficiarios de protección subsidiaria que estén en territorio español.

C) Presente caso: residencia temporal excepcional por colaborar con autoridades públicas.

Aida era una trabajadora irregular de una empresa fantasma. En el seno de la investigación contra dicha empresa, Aida decidió colaborar con las autoridades policiales y testificar en el procedimiento. Como consecuencia de dicha colaboración le fue concedido el permiso de residencia.

De acuerdo con lo expuesto, el permiso de residencia que obtuvo Aida fue de residencia temporal. Como bien sabemos, existen tres tipos de residencia temporal: la ordinaria, la especial y la excepcional.

La razón por la que Aida obtuvo la autorización de residencia temporal es por haber colaborado con las autoridades policiales. Estamos, por tanto, ante una razón excepcional de conformidad con el artículo 31.3 LOEx que hace referencia a determinadas circunstancias excepcionales y establece una remisión al RLOEx. Entre las diferentes circunstancias excepcionales a las que hace referencia dicho reglamento se incluye la colaboración con autoridades públicas que se desarrolla en el artículo 127, concretamente se hace alusión a autoridades administrativas, policiales, fiscales y judiciales.

Por tanto, Aida ha obtenido la autorización de residencia temporal excepcional por colaborar con autoridades públicas, concretamente con autoridades policiales.

Pasamos, a analizar el presente caso de autorización de residencia temporal. Del artículo 127 RLOEx se extrae que en caso de que un extranjero colabore con las autoridades públicas, estas podrán instar al órgano competente para la concesión de la autorización de residencia. Por tanto, el hecho de la colaboración no lleva aparejado que de forma automática se vaya a conceder la autorización de residencia, sino que estamos hablando de una circunstancia potestativa. Sin embargo, tal y como afirma RUIZ SUTIL¹⁷, la Administración “queda obligada a la búsqueda de una solución correcta y justa, después de valorar, suficientemente, los hechos probados”, reforzando esta idea con la STS de 12 de junio de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:8611).

En referencia al procedimiento para la obtención del permiso de residencia temporal por circunstancias excepcionales, es el extranjero quien debe solicitarla personalmente excepto en el caso de menores de edad, de acuerdo con el artículo 128. Además, la solicitud debe ir acompañada de copia del pasaporte o del título de viaje, contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario, en los casos en que se exija y los documentos que acrediten que se está en una de las situaciones excepcionales.

A este respecto, es la autoridad con la que se colabora quien, en tal caso, tiene que instar a la autoridad competente para la concesión de los permisos de residencia. Así, se debe hacer mediante un informe de la jefatura correspondiente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o de los cuerpos policiales autonómicos, de la autoridad fiscal o de la autoridad judicial a través del cual se debe acreditar el cumplimiento de las razones que motivarían la concesión de la residencia temporal por colaboración con dichas autoridades públicas.

El competente para resolver sobre la concesión o no de la autorización de residencia sería el titular de la Secretaría de Estado de Seguridad ya que estamos ante una solicitud por razones de colaboración con autoridades públicas tal y como establece el artículo 128.5 a) RLOEx.

Una vez que la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales es concedida, el extranjero debe solicitar la Tarjeta de Identidad de extranjero ante la Oficina de Extranjería o la Comisaría de Policía.

Sólo las autorizaciones de residencia temporal excepcional por razones de arraigo llevan aparejada autorización de trabajo durante la vigencia de la residencia, salvo en los casos en que se conceda a menores de edad o en los casos en que no se exige tener suscrito un contrato de trabajo por contar con medios económicos. También se da tal circunstancia en los casos de protección internacional. En los demás casos, el extranjero deberá solicitar personalmente la autorización de trabajo si desea desempeñar actividad laboral alguna de acuerdo con el artículo 129 RLOEx.

17 RUIZ SUTIL, C. “Comentario al artículo 31 de la Ley de Extranjería” en AA.VV. *Comentarios a la ley de extranjería y su nuevo reglamento*. Cavas Martínez, F. (dir). Ed. Civitas Thomson. Cizur Menor 2011, p. 506.

En el presente caso, en el que estamos ante una autorización de residencia excepcional por razones de colaboración con autoridades públicas, Aida se encuentra autorizada para residir, pero no para desempeñar actividad laboral alguna ya que, como dispone el artículo 129.2 RLOEx, debe solicitar personalmente la autorización de trabajo, sea por cuenta ajena o por cuenta propia, para poder desempeñar una actividad laboral. Por tanto, Aida no podría trabajar hasta que le sea concedida la preceptiva autorización de trabajo.

En lo referente a la duración de las autorizaciones de residencia concedidas por circunstancias excepcionales y sus prórrogas debemos acudir al artículo 130 RLOEx, pero la redacción no arroja gran claridad al respecto. Así surgen dudas sobre si la vigencia de un año se refiere a un plazo máximo de la autorización y sus prórrogas o, si por el contrario, se refiere de forma individual a la autorización inicial y las sucesivas prórrogas que se puedan conceder.

A este respecto, la STS 702/2019, de 27 de mayo (ECLI:ES:TS:2019:1678), señala, en relación a las autorizaciones de residencia temporal por razones excepcionales, que “su plazo de vigencia no puede ser otro que aquel en el que perdura la situación de excepcionalidad. Así se explica por qué la disposición reglamentaria establece un plazo de autorización y prórrogas de un año. Tiene por finalidad que mediante el ajuste de autorización y prórrogas a periodos de un año la situación de autorización temporal no se prolongue mucho más allá del necesario para afrontar la excepcionalidad”.

Por ende, se interpreta que el RLOEx establece que la autorización inicial de residencia por circunstancias excepcionales tiene una vigencia de un año y la vigencia de cada prórroga tendrá la misma duración.

2. Trámites para obtener una autorización de trabajo cuando ya se es residente.

Como hemos observado, Aida es una ciudadana colombiana que obtuvo una autorización de residencia temporal como consecuencia de haber colaborado con las autoridades policiales en la investigación contra una empresa fantasma para la que trabajó de forma irregular.

Estamos, por tanto, ante un caso de residencia temporal excepcional por razón de colaborar con las autoridades públicas. De conformidad con el artículo 129 RLOEx, sólo en los casos de arraigo y de protección internacional la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales lleva aparejada autorización para trabajar. Es por ello que Aida debe solicitar personalmente la autorización de trabajo para poder desempeñar actividad laboral alguna.

En cuanto al procedimiento administrativo que es de aplicación en materia de extranjería, la Disposición Adicional Primera de la LPACAP (Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) establece que las actuaciones y procedimientos en materia de extranjería se regirán por su normativa específica y será de aplicación supletoria la normativa establecida en la presente Ley. Por tanto, en el ámbito de extranjería se aplica un procedimiento administrativo especial para los extranjeros siendo aplicable el procedimiento administrativo común de forma supletoria¹⁸.

El artículo 129.2 RLOEx establece que la autorización de trabajo se puede solicitar de forma simultánea a la autorización de residencia por circunstancias excepcionales o una vez que se haya concedido y durante el periodo en el que esté en vigor. Añade dicho precepto que para que se conceda la autorización de trabajo se debe cumplir una serie de requisitos.

18 FERNÁNDEZ PÉREZ, A. *Derecho de extranjería*, cit. p. 118.

En caso de que se solicite una autorización de trabajo por cuenta ajena, se deben cumplir los requisitos detallados en los párrafos b), c), d), e) y f) del artículo 64.3 RLOEx. Esto es:

- Existencia de un contrato de trabajo cuya fecha de comienzo esté condicionada a la concesión de la presente autorización.
- Las condiciones que determine el contrato de trabajo deben ser conformes a la normativa vigente y con el convenio colectivo que sea de aplicación.
- El empleador debe haber formalizado su inscripción en el régimen de la Seguridad Social y se ha de encontrar al corriente de pago de sus obligaciones tributarias y de la Seguridad Social.
- El empleador ha de tener los medios económicos, materiales o personales suficientes para el proyecto empresarial y para poder hacer frente a las obligaciones contractuales.
- El trabajador debe tener la capacitación y, en su caso, la cualificación que se exija para ejercer la profesión objeto de contratación.

En el supuesto de que estemos ante una autorización de trabajo por cuenta propia, el solicitante debe cumplir los requisitos detallados en el artículo 105.3 RLOEX. Dicho precepto contempla los siguientes requisitos:

- Cumplir los requisitos que la legislación imponga a los ciudadanos españoles para la apertura y el funcionamiento de la actividad.
- Contar con la cualificación profesional exigida o con experiencia profesional suficiente para el ejercicio de la actividad profesional. En caso de que se exija colegiación también se deberá cumplir este requisito.
- Demostrar que la inversión es suficiente para implantar la actividad proyectada y, en tal caso, la incidencia que tuviere en la creación de empleo.
- El extranjero debe contar con los recursos económicos suficientes para manutención y alojamiento. Si los recursos que se acreditan derivan del ejercicio de la actividad por cuenta propia, la valoración se llevará a cabo cuando se hayan deducido los recursos que sean necesarios para el mantenimiento de la actividad laboral.
- Se exige el abono de la correspondiente tasa.

La solicitud de la autorización de trabajo se debe realizar ante el órgano competente de conformidad con el artículo 129.2 RLOEx. A este respecto, el artículo 261.1 RLOEx una de las funciones de las Oficinas de Extranjería es la tramitación de las autorizaciones de trabajo. Siendo competente para resolver el Delegado o Subdelegado del Gobierno conforme con la Disposición Adicional 1ª RLOEx.

Por tanto, en el presente caso, Aida debe llevar a cabo una serie de trámites para poder obtener la autorización de trabajo y, así, poder desempeñar una actividad laboral. En primer lugar, debe presentar de forma personal la correspondiente autorización de trabajo ante la Oficina de Extranjería provincial correspondiente, que en este caso sería la de A Coruña ya que es donde está residiendo.

Así, junto con el modelo oficial de solicitud de autorización para trabajar (Modelo EX-12) y la copia del pasaporte completo, Aida debe aportar la documentación necesaria que acredite el cumplimiento de los requisitos expuestos, en función de que solicite autorización de trabajo por cuenta ajena -requisitos de los párrafos b), c), d), e) y f) del artículo 64.3 RLOEx- o autorización de trabajo por cuenta propia -requisitos del artículo 105.3 RLOEx-.

La Oficina de Extranjería se encargará de tramitar la correspondiente autorización debiendo resolver de forma motivada el Subdelegado del Gobierno -ya que no estamos ante una Comunidad Autónoma uniprovincial- concediendo o denegando la autorización solicitada en función del cumplimiento o no de

los requisitos y condiciones expuestos, siendo el plazo máximo de resolución de 3 meses conforme la Disposición Adicional 1ª.1 LOEx.. Esta resolución pone fin a la vía administrativa¹⁹.

En caso de silencio administrativo, la Disposición Adicional 1ª.1 LOEx establece que este tendrá sentido negativo, por lo que la autorización de trabajo se entenderá denegada.

3. Denegación de la solicitud de autorización para trabajar: recursos.

En caso de que el Subdelegado del Gobierno deniegue la solicitud de autorización de trabajo por considerar que no cumple con los requisitos exigidos, Aida tiene las siguientes dos opciones al estar ante una resolución que pone fin a la vía administrativa: en primer lugar, puede interponer recurso potestativo de reposición y, en segundo lugar, puede acudir directamente a la jurisdicción contenciosa-administrativa. Eso sí, el recurso potestativo de reposición no impide que posteriormente se interponga el correspondiente recurso jurisdiccional contencioso-administrativo²⁰.

A) Del recurso potestativo de reposición.

Los recursos administrativos que se contemplan en la LPACAP también son de aplicación en el ámbito de extranjería de acuerdo con el artículo 21 LOEx que establece que los actos y las resoluciones que adopte la Administración en referencia a los extranjeros pueden ser objeto de recurso de acuerdo con lo fijado por las leyes. Por tanto, se establece una remisión a la LPACAP. Misma remisión que realiza el apartado segundo de dicho precepto en referencia a la ejecutividad de los actos administrativos, salvo en los casos de los expedientes de expulsión.

El recurso potestativo de reposición se puede interponer frente a resoluciones que pongan fin a la vía administrativa. Se denomina potestativo porque su interposición no es necesaria para poder acudir a la vía contencioso-administrativa, esto es, una vez que se dicte la resolución que pone fin a la vía administrativa se puede interponer directamente recurso contencioso administrativa.

El órgano competente para conocer y resolver del recurso potestativo de reposición es el mismo órgano que ha dictado la resolución objeto de recurso.

En referencia a los plazos debemos acudir al artículo 124 LPACAP. En el caso de que el acto objeto de reposición sea un acto expreso el plazo para interponer dicho recurso es de un mes y una vez transcurrido dicho plazo sólo se podrá interponer recurso contencioso-administrativo sin perjuicio de que quepa recurso extraordinario de revisión. En caso de que el acto objeto de reposición no sea expreso, se podrá interponer recurso potestativo de reposición en cualquier momento a partir del día siguiente en que se entienda producido el acto presunto. En cuanto al plazo para dictar y notificar el apartado segundo de dicho precepto establece que es de un mes.

Finalmente, el artículo 124.3 LPACAP establece que frente a la resolución del recurso potestativo de reposición no se puede interponer de nuevo este recurso. Por tanto, ante la resolución del recurso potestativo de reposición que siga sin ser acorde con nuestras pretensiones o intereses se ha de acudir a la vía jurisdiccional a través del recurso contencioso-administrativo.

El contenido mínimo de los recursos administrativos lo encontramos en el artículo 115 LPACAP:

19 GONZÁLEZ SAQUERO, P. et al. *Código de Extranjería*. 19ª Edición. Ed. Civitas-Thomson Reuters. Cizur Menor 2016, p. 620.

20 PAREJO ALFONSO, L. *Lecciones de Derecho Administrativo*. 11ª Edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2021, pp. 1153 y 1154.

- nombre, apellidos e identificación personal del recurrente
- acto objeto de recurso y motivo por el que se recurre
- lugar, fecha y firma del recurrente, así como la determinación del medio y del lugar de notificación
- órgano, centro o unidad administrativa al que se dirige y su código de identificación
- demás particularidades que exijan las disposiciones específicas.

En lo referente a la ejecutividad de los actos administrativos en materia de extranjería, la LOEx establece una remisión a la LPACAP, por tanto, es de aplicación el artículo 117 de esta ley. Este precepto establece que como consecuencia de interponer un recurso no se suspende la ejecución del acto objeto de impugnación, salvo en los casos en que se establezca lo contrario. Sin embargo, el apartado segundo de dicho precepto establece que el órgano encargado de la resolución del recurso podrá suspender la ejecución, de oficio o a petición del recurrente, cuando la ejecución pudiese causar perjuicios de imposible o difícil reparación o cuando la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho que contempla el artículo 47.1.

Se ha venido considerando que no era posible declarar la suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos negativos. Sin embargo, el TS ha considerado conveniente caso por caso para determinar si procede o no la suspensión del acto negativo en cuestión²¹.

A este respecto, el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 24 de Madrid de 26 de junio de 2012 expone que “es doctrina constante del Tribunal Supremo que los actos administrativos de contenido negativo (denegación de entrada, denegación de la exención de visado, denegación de permiso de trabajo o residencia...) no son susceptibles de suspensión”. Así, trae a colación la STS de 14 de marzo de 2000 ECLI:ES:TS:2000:2032) que “reitera que por regla general los actos denegatorios de licencias, autorizaciones o permisos, no permiten la suspensión de ejecución, ya que, dado su contenido negativo, la referida suspensión implicaría la concesión, siquiera sea con carácter temporal (mientras dura la sustanciación del proceso) de la licencia, autorización o permiso denegado por el órgano administrativo”.

Por tanto, en referencia al presente caso de denegación de la autorización de trabajo se ha de afirmar que no procedería la suspensión de la ejecutividad conforme con lo expuesto.

B) Recurso contencioso-administrativo.

Aida puede acudir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa a través del correspondiente recurso una vez que el Subdelegado del Gobierno resuelva denegando la autorización de trabajo. Asimismo, también puede interponer recurso contencioso-administrativo tras la resolución del correspondiente recurso potestativo de reposición.

El artículo 8.4 LRJCA (Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.) establece que los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo “conocerán, igualmente, de todas las resoluciones que se dicten en materia de extranjería por la Administración periférica del Estado o por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas”. Por tanto, le corresponde a dichos juzgados conocer del recurso contencioso-administrativo que Aida decidiese interponer contra la resolución del Subdelegado del Gobierno que le deniegue la autorización de trabajo.

21 STS de 26 de enero de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:119): “es el examen individualizado de cada caso el que ha de justificar la procedencia o no de la suspensión”.

Los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva y a interponer recurso contra los actos administrativos de acuerdo con los artículos 20 y 21.1 LOEx respectivamente.

Tal y como recoge el artículo 25.1 LRJCA el recurso contencioso-administrativo se interpone contra actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa, con independencia de que estemos ante resoluciones o actos de trámite siempre que estos decidan sobre el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, produzcan indefensión o perjuicio irreparable.

En la pretensión procesal, el actor busca por medio del recurso contencioso-administrativo que se invalide el acto administrativo, que se admita una determinada situación jurídica u otras pretensiones adicionales que el interesado considere oportunas²².

Por tanto, en el presente caso, Aida por medio del recurso contencioso administrativo tendría como pretensión que se invalidase la resolución del Subdelegado del Gobierno por medio de que la que se le deniega la autorización para trabajar. Además, buscaría que el correspondiente Juzgado Contencioso-Administrativo dictase sentencia otorgándole dicha autorización.

En referencia a la materia de extranjería, FERNÁNDEZ PÉREZ afirma que “las resoluciones que dicten los órganos competentes de los Ministerios de Asuntos Exteriores, del Interior, y de Trabajo e Inmigración, los Delegados del Gobierno y los Subdelegados del Gobierno bajo la dependencia funcional de estos dos últimos Ministerios, sobre concesión o denegación de visados, exenciones de visado, prórrogas de estancia o autorizaciones de residencia y autorizaciones de trabajo, sanciones gubernativas y expulsiones de extranjeros, agotan la vía administrativa y por tanto serán recurribles en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”²³.

Por tanto, a la luz de lo expuesto los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo son competentes para conocer de recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones que dicte la Subdelegado del Gobierno en referencia a la autorización de trabajo a la que se refiere el presente.

Asimismo, contra la sentencia que resuelva sobre el recurso contencioso-administrativo la interesada podrá interponer recurso de apelación de acuerdo con el artículo 81.1 LRJCA.

El recurso de apelación se debe interponer ante el Juzgado que dictó la sentencia objeto de apelación en el plazo de 15 días desde la notificación, siendo competente para conocer en segunda instancia la correspondiente Sala de lo Contencioso-Administrativo ya que, de conformidad con el artículo 10.2 LRJCA, estas Salas conocerán en segunda instancia de las apelaciones que se interpongan contra las sentencias y los autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, así como de los recursos de queja.

A este respecto, el recurso de apelación no es obstáculo para que se ejecute provisionalmente la referida sentencia.

De conformidad con lo expuesto en el presente apartado, si se le deniega a Aida la autorización para trabajar, puede interponer recurso potestativo de reposición y, en caso de que este sea denegado, acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa o, por el contrario, interponer directamente el recurso contencioso-administrativo tras la resolución administrativa denegatoria.

22 BLANQUER CRIADO, D. *Esquemas de Derecho Administrativo*. Tomo XLIII. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2016. p 891.

23 FERNÁNDEZ PÉREZ, A. *Derecho de extranjería*, cit. p. 257.

Además, en caso de que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo deniegue el recurso confirmando la resolución del Subdelegado del Gobierno, Aida podría interponer recurso de apelación del que conocerá la Sala de lo Contencioso-Administrativo del correspondiente TSJ, que en este caso sería el de Galicia.

V. LA TIPICIDAD PENAL DE LAS CONDUCTAS DE LA ANTERIOR PAREJA DE AIDA: APROXIMACIÓN A LAS MEDIDAS CAUTELARES.

1. Análisis de las posibles conductas delictivas y acciones penales.

Aida tras separarse de su pareja comienza a ser víctima de determinadas actuaciones que lleva a cabo su expareja. En el presente punto, trataremos de estudiar dichas actuaciones para dilucidar si estamos ante conductas delictivas o no. Así, las conductas a las que haremos referencia son las siguientes tres:

A) Conducta de acoso.

De conformidad con lo expuesto en el presente, la expareja de Aida, tras la separación, comienza a acosarla. El delito de acoso -también denominado stalking- está regulado en el artículo 172 ter del CP (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).

Los elementos del presente delito son:

- Insistencia y reiteración.
- Alteración grave de la vida de la víctima.
- Ejercicio de determinadas conductas:
 - Vigilar, perseguir o buscar la cercanía física.
 - Establecer contacto con la víctima, o al menos intentarlo, a través de cualquier medio de comunicación o de terceras personas.
 - Adquirir productos o mercancías o hacer que determinadas personas se pongan en contacto con la víctima, haciendo uso de sus datos personales.
 - Atentar contra la libertad o el patrimonio de la víctima de una persona próxima a ella.

La pena que se contempla para el delito de acoso es una pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses.

Asimismo, el presente precepto contempla dos tipos agravados. El último párrafo del artículo 172 ter. 1 CP establece que en el caso de que se presente una especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad, enfermedad o situación se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años. Asimismo, en caso de violencia de género, familiar o cuasi familiar, el artículo 172 ter. 2 contempla una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días.

En el presente caso, observamos que Aida es víctima de determinadas conductas de acoso por parte de su expareja. Por tanto, nos encontramos ante un subtipo agravado contemplado en el artículo 172 ter. 2 CP. Así, la expareja de Aida es autor de un delito de acoso agravado por ser la víctima una persona que ha estado ligada a él por una análoga relación de afectividad a la conyugal.

La doctrina jurisprudencial del TS²⁴ establece que para que se pueda observar el presente ilícito es necesaria la presencia de una actitud reiterativa e insistente por parte del actor frente a la cual la única vía de escape de la víctima sea la modificación de sus hábitos. Por tanto, de acuerdo con la

24 STS 324/2017, de 8 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1647)

jurisprudencia, se exige una perdurabilidad ya que de lo contrario no se podría observar una incidencia en la vida cotidiana de la víctima.

En este punto, debemos destacar que, en el presente ilícito penal, no es de aplicación la atenuante de alteración psíquica por enamoramiento, de acuerdo con la SAP de Madrid 80/2017, de 27 de marzo (ECLI:ES:APM:2017:3438). En la presente Sentencia, observamos que en un caso donde el acusado era enjuiciado por un delito de acoso, este justificaba su conducta por un estado de enamoramiento. Así, la Sentencia expone que las conductas de acoso contempladas en el artículo 172 ter CP no pueden ser objeto de justificación en base a tal circunstancia alegada ya que son dichas conductas y la persistencia los elementos que constituyen el tipo penal.

B) Del acceso a las redes sociales y hacerse pasar por Aida.

En el presente caso, se expone que la expareja de Aida accede a sus redes sociales y se hace pasar por ella con el objetivo de llevar a cabo una serie de ofrecimientos sexuales.

La conducta expuesta hace plantearnos si se estaría cometiendo un delito de suplantación de estado civil contemplado en el artículo 401 CP. Sin embargo, tal y como expone VELASCO NÚÑEZ²⁵ este delito no se puede confundir con la suplantación o robo de identidad llevado a cabo en el ámbito tecnológico.

La suplantación o robo de identidad en el ámbito tecnológico no es un delito autónomo en nuestro ordenamiento jurídico, pero puede ser un elemento de otros delitos sí contemplado y tipificados.

Observamos que la expareja de Aida entra en su sistema informático y la ofrece para realizar tríos con terceras personas. Por tanto, de tal conducta observamos que el objetivo del acceso no es vulnerar la intimidad de la víctima, sino llevar a cabo ofrecimientos sexuales a terceros con la finalidad de atentar contra su integridad moral.

La conducta de acceso a las redes sociales de Aida encaja con el allanamiento informático contemplado en el artículo 197 bis CP ya que la finalidad del acceso al sistema informático no es atentar contra la intimidad de Aida.

A través del artículo 197 bis CP se castiga el denominado como hacking en blanco, esto es, el acceso al sistema informático sin que exista una posterior finalidad.

El presente precepto, incluye cuatro conductas típicas:

- acceso a todo o parte de un sistema de información (primer apartado)
- facilitar el acceso al sistema (primer apartado)
- mantenerse en el sistema sin estar autorizado (primer apartado)
- interceptar las transmisiones o comunicaciones (apartado segundo)

En la hipótesis de que con el acceso se observe un objetivo de los contemplados en el presente Título X - delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio- no será de aplicación el presente precepto. Sin embargo, si “el acceso tuviese otra finalidad delictiva de las contempladas en el código, más allá del mero acceso, por ejemplo, dañar unos datos, nada impide aplicar un concurso entre ambos delitos”, tal y como afirma HERNÁNDEZ DÍAZ²⁶.

25 VELASCO NÚÑEZ, E. *Delitos tecnológicos: cuestiones penales y procesales*. Ed. Wolters Kluwer. Madrid 2021, p. 304.

26 HERNÁNDEZ DÍAZ, L. *Los accesos ilícitos a sistemas informáticos: normativa internacional y regulación en el ordenamiento penal español*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor 2019.

A este respecto, debemos traer a colación la SAP de Pontevedra 462/2017 de 22 de diciembre (ECLI:ES:APPO:2017:2793). En los hechos probados se observa que el sujeto activo desarrolló una conducta relativa en realizar numerosas llamadas insistentes y molestas a su expareja y a teléfonos de la familia de esta. Asimismo, en lo aquí destacable, entró en su cuenta de una determinada red social y publicó anuncios de contenido sexual. Así, la Sentencia objeto de recurso condenó a la expareja de la víctima por un delito contra la integridad moral. La AP de Pontevedra conociendo del recurso de apelación determinó que la conducta desarrollada por el sujeto tenía como intención hostigar o molestar e incluso humillar a la víctima.

En cuanto a los elementos del delito contra la integridad moral, según la presente sentencia el TS²⁷ ha establecido tres elementos: (1) el acto debe tener claro contenido vejatorio, (2) debe estar presente un padecimiento físico o psíquico de la víctima y (3) el comportamiento llevado a cabo por el autor debe ser degradante o humillante incidiendo gravemente en la dignidad de la víctima.

En el supuesto que nos ocupa, apreciamos que el hecho llevado a cabo por la expareja de Aida cumple los elementos descritos. Se observa un claro carácter vejatorio ya que la intención del sujeto activo es claramente molestar y humillar a la víctima a través de la publicación de los ofrecimientos sexuales en la correspondiente red social de la víctima. Asimismo, dicha circunstancia causa un gran padecimiento físico a la víctima ya que se debe haber visto ultrajada y humillada causándole graves daños psíquicos. Finalmente, el hecho de acceder a la cuenta personal de Aida en una determinada red social y haciéndose pasar por ella publicar mensajes de contenido sexual ofreciéndola a desarrollar determinados actos sexuales es un comportamiento degradante que atenta contra su dignidad. Por tanto, se observa que la expareja de Aida ha llevado a cabo un delito contra la integridad moral recogido en el artículo 173.1 CP.

De conformidad con lo expuesto anteriormente, en la eventualidad de que el delito de allanamiento informático se haya consumado como medio para poder llevar a cabo otro delito, se puede aplicar el correspondiente concurso entre los ilícitos. En este punto, observamos que el delito de allanamiento informático se ha llevado a cabo para cometer un delito contra la integridad moral con la intención de hostigar y humillar a Aida. Estamos, pues, ante un concurso medial que está regulado en el artículo 77.1 CP y exige que un delito sea medio necesario para cometer otro, como ocurre en el presente caso.

C) Del envío del vídeo.

En el relato de los hechos que se nos proponen, se detalla que la expareja de Aida le envía un vídeo en el que se observa a una pareja manteniendo relaciones sexuales que es interrumpida por una tercera persona y que mata a la mujer. En este punto, estimamos que el vídeo presenta un marcado carácter amenazante, por ello analizaremos si la presente conducta podría circunscribirse dentro del delito de amenazas.

Los diferentes delitos referentes a las amenazas están regulados en los artículos 169 a 171 CP. Las amenazas se materializan en el anuncio de causar un mal al receptor, a su familia o a otras personas con las que medio un vínculo estrecho.

En cuanto a la clasificación de las amenazas tenemos, por un lado, las amenazas de un mal no constitutivo de delito -que son siempre amenazas condicionales- y, por otro lado, las amenazas de un mal constitutivo de delito, que a su vez se dividen en amenazas condicionales y amenazas no condicionales.

27 Trae a colación la STS 294/2003, de 16 de abril (ECLI:ES:TS:2003:2709).

El TS²⁸ ha establecido los siguientes cuatro caracteres generales del delito de amenazas: (1) el mal con el que se amenaza debe ser injusto, determinado y posible, (2) el delito de amenazas es de simple actividad, (3) el propósito del actor debe ser serio, firme y creíble y (4) la conducta tiene que merecer una contundente repulsa social que fundamente el juicio de antijuricidad y su carácter delictivo.

Aplicando esta doctrina a la narración fáctica objeto de estudio, apreciamos la presencia de un mal injusto, determinado y posible como lo constituye el hecho de matarla, circunstancia que dependería únicamente de la voluntad del sujeto activo. Asimismo, interpretamos que estamos en presencia de un delito de expresión y de mera actividad, ya que simplemente se envía un vídeo que reviste notas amenazantes sin que se haya consumado o intentado asesinarla -mal con el que se amenaza-. De la exposición de los hechos y teniendo en cuenta las demás conductas llevadas a cabo por la expareja de Aida, cabe concluir que se cumple el tercer requisito referente a la presencia de un carácter serio, firme y creíble de la amenaza. Finalmente, la conducta desarrollada por el sujeto activo reviste un carácter antijurídico y de repulsa social ya que el hecho de enviar un vídeo con las connotaciones presentes denota dichas circunstancias. Asimismo, debemos destacar que la subsunción de ciertos elementos fácticos en el tipo delictivo de amenazas constituye una operación de naturaleza casuística en cuanto depende en gran medida de las circunstancias concurrentes en cada caso.

PAVÓN HERRADÓN²⁹ califica el presente delito como común, de peligro abstracto y de mera actividad. En cuanto a la consumación dice que el delito de amenazas se consuma con el conocimiento de la amenaza por su destinatario. En referencia al bien jurídico protegido destaca que es la libertad de la voluntad o la paz personal de quien es amenazado.

De conformidad con lo expuesto, la conducta desarrollada por la expareja de Aida cumple con los elementos expuestos referentes a la presencia de un delito de amenazas.

En el supuesto de hecho que se nos presenta, consideramos que se amenaza con un mal constitutivo de delito -delito de homicidio o asesinato, según como se ejecutase- y la amenaza no es condicional ya que no se exige nada a cambio. Por tanto, estamos ante un delito de amenazas regulado en el artículo 169.2 que se castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años.

Así, a la luz de lo argumentado en el presente punto, Aida sí que podría interponer acciones penales contra su expareja ya que es víctima de un delito de acoso del artículo 172 ter CP, de un delito de allanamiento informático del artículo 197 bis CP en concurso medial con un delito contra la integridad moral del artículo 173.1 CP y de un delito de amenazas del artículo 169.2 CP.

2. Medidas cautelares y de otro tipo.

En primer lugar, debemos destacar que del artículo 1 de la LOMPIVG (Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género) se deriva el concepto de violencia de género. Así, la violencia de género es aquella violencia que se ejerce contra las mujeres por quienes son o han sido sus cónyuges o por quien está o haya estado ligado a ellas por análoga relación de afectividad aún sin convivencia. El precepto establece que este tipo de violencia es una determinada manifestación de la discriminación, desigualdad y relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Añade el precepto que se incluye todo acto de violencia física y psicológica e incluye las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones y las privaciones de la libertad. Por último, también se

28 Véase su Sentencia 774/2012, de 25 de octubre (ECLI:ES:TS:2012:6707).

29 PAVÓN HERRADÓN, D. "Amenazas y coacciones" en AA.VV. *Parte especial del Derecho Penal a través del sistema de casos*. C. Armendáriz León (dir.). 2ª Edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2022, p. 83.

contempla la violencia vicaria, esto es, aquella que se ejerce sobre los familiares o allegados menores de edad con la intención de causar un perjuicio o un daño a dichas mujeres.

El presente caso se circunscribe en el ámbito de la violencia de género ya que entre el autor de los hechos y la víctima ha mediado una relación sentimental. Asimismo, los hechos encajan en los mencionados en dicho precepto ya que, como hemos detallado en el punto anterior, estamos ante un delito de amenazas, un delito contra la integridad moral y un delito de acoso -que es una modalidad específica del delito de coacciones-.

En este punto haremos referencia a las medidas cautelares y las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de violencia de género.

A) Medidas cautelares.

Las medidas cautelares, de conformidad con DÍAZ MARTÍNEZ³⁰, tienen como objeto garantizar que la futura sentencia sea cumplida de forma efectiva. Su regulación la encontramos tanto en el CP como en la LECrim (Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Además, pueden ser personales o reales. Nos centraremos en las medidas cautelares personales ya que son de aplicación en este caso. Este tipo engloba aquellas que limitan ciertas libertades individuales o incluso prohíben su ejercicio.

Dos aspectos de vital importancia que tenemos que tener en cuenta son el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. El primero de estos conceptos se refiere a que debe existir una primera idea de que el sujeto al que se le pretende imponer una medida cautelar es quien ha cometido el delito en cuestión, mientras que el segundo se refiere al riesgo de mora procesal, esto es, que cuando llegue la resolución judicial en cuestión esta no sea eficaz³¹.

La legislación procesal penal ha establecido una protección cautelar para las víctimas de violencia familiar, en general, y para las víctimas de violencia de género, en particular, que se articula a través de la orden de protección. En el presente caso, Aida es víctima de violencia de género, por tanto, debemos detenernos en esta medida que se regula en el artículo 544 ter LECrim.

Para su adopción es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Deben existir indicios fundados de que se ha cometido un delito contra la vida, la integridad física o moral, la libertad sexual, la libertad o la seguridad.
- La víctima ha de ser una de las personas mencionadas en el artículo 173.2 CP.
- Debe existir una situación objetiva de riesgo para víctima.
- Ha de ser necesaria la adopción de alguna medida de protección.

De conformidad con el Auto de la AP de Madrid 1495/2021, de 27 de octubre (ECLI:ES:APM:2021:4900A), la orden de protección pretende dar una respuesta integral contra la violencia intrafamiliar y es por ello que incluye tanto medidas cautelares de carácter penal como civil. Podemos entender la orden de protección como una medida cautelar que se compone de diferentes medidas cautelares.

En cuanto a las medidas penales, el apartado sexto hace una remisión a todas aquellas medidas cautelares recogidas en la legislación procesal criminal.

30 DÍAZ MARTÍNEZ, M. "La estructura del proceso" en AA.VV. *Introducción al Derecho Procesal*. M. Díaz Martínez et al. 1ª Edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2020, p. 320.

31 MARTÍN RÍOS, M. P. *Medidas cautelares personales: detención, libertad provisional y prisión preventiva*. Ed. Juruá. Lisboa 2016, p. 23.

En referencia a las medidas de carácter civil, el párrafo segundo del apartado siete del artículo 577 ter. LECrim establece un listado de las diferentes medidas civiles que se pueden imponer en el seno de la orden de protección. Sin embargo, de acuerdo con DE LA ROSA CORTINA³², el listado tiene un carácter ejemplificativo ya que al estar ante medidas civiles debe imperar la flexibilidad. Entre ellas encontramos la atribución de la vivienda familiar, las cuestiones relativas a la patria potestad y al régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia de los hijos o el régimen de prestación de alimentos.

El requisito fundamental para la imposición de medidas de carácter civil a través de una orden de protección es que no se hubiesen acordado con anterioridad por un órgano jurisdiccional civil.

El precepto también hace referencia al plazo de vigencia y lo fija en treinta días. Añade que si la víctima o su representante legal inicia un proceso de familia el plazo de vigencia de estas medidas será de treinta días desde que se presente la demanda. Finalmente, le corresponde al juez de primera instancia conocer de estas medidas y adoptar la decisión que considere oportuna.

Para determinar la procedencia de la orden de protección se debe analizar y comprobar el cumplimiento de los requisitos anteriormente expuestos. Así, en el presente caso, observamos que se cumplen dichos requisitos ya que existen indicios fundados de la comisión de un delito contra la libertad y un delito contra la integridad moral contra Aida por su expareja. Asimismo, dadas las circunstancias expuestas y las características de los delitos -fundamentalmente del delito de acoso y el delito de amenazas- existe una situación objetiva de riesgo para ella y algunas de las medidas de protección que se recogen en la presente medida son necesarias para la protección de Aida. Por tanto, el juez de violencia contra la mujer debe proceder a dictar un auto motivado a través del cual se interponga la orden de protección.

Las diferentes medidas cautelares penales en las que nos centraremos en este punto son las siguientes: prisión preventiva, libertad provisional y medida de alejamiento.

La prisión preventiva, o prisión provisional, está regulada en los artículos 502 a 507 LECrim. La prisión preventiva implica la privación de la libertad de un sujeto sobre el que existen indicios de la comisión de un hecho delictivo, pero aún no se ha dictado sentencia. Esta medida cautelar está “orientada a asegurar su sujeción al proceso, evitar que destruya fuentes de prueba o impedir que cometa nuevos delitos” tal y como dice DE LA ROSA CORTINA³³.

Los requisitos de la prisión provisional son, tal y como establece el artículo 503 LECrim, los siguientes:

- Los hechos que tienen caracteres de delitos deben estar sancionados con una pena de prisión que tenga un máximo de dos o más años de duración.
- Deben existir indicios suficientes como para considerar que se está ante quien es criminalmente responsable.
- Que se persiga alguno de los siguientes fines:
 - Asegurar que investigado o encausado estará presente en el proceso cuando exista riesgo de fuga.
 - Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba cuando exista un peligro fundado y concreto.
 - Evitar atentados contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando estemos ante una víctima del artículo 173.2 CP, esto es, ante una víctima de violencia doméstica o de género.

32 DE LA ROSA CORTINA, J. M. *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*. Ed. Bosch. Barcelona 2015, pp. 367 y 368.

33 DE LA ROSA CORTINA, J. M. *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, cit. p. 48

- Evitar que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos.

Debemos traer a colación el Auto de la AP de Burgos 29/2021, de 26 de enero (ECLI:ES:APBU:2021:29A), en el que se hace referencia a la doctrina constitucional respecto de esta medida cautelar a través de la STC 217/2001, de 29 de octubre (ECLI:ES:TC:2001:217). De acuerdo con ello, la prisión provisional es una medida que su constitucionalidad depende de la presencia de diversos factores, destacando, la existencia de indicios delictivos y la presencia de fines legítimos. Añade que la medida se debe adoptar a través de un auto que “ofrezca el resultado de la ponderación de los intereses en juego, la libertad de la persona cuya inocencia se presume, por un lado y la efectividad de la justicia penal con evitación de más hechos delictivos, por otro”.

En cuanto a los criterios a tener en cuenta para determinar la idoneidad de la presente medida cautelar, dicha sentencia -trayendo a colación la STC 37/1996, de 11 de marzo (ECLI:ES:TC:1996:37)- establece que se centra en dos factores o conjunto de ideas. Por un lado, se ha de estar a las características del delito presuntamente cometido, su gravedad y la pena que correspondiere y, por otro lado, se debe tener en cuenta las circunstancias concretas y personales y el momento procesal en que se proceda a adoptar esta medida cautelar.

Tal y como dispone el artículo 502.2 LECrim, sólo se decretará esta medida cautelar cuando sea necesaria y no existan otras medidas menos restrictivas con las que se alcancen los mismos fines. Además, se han de tener presentes los requisitos de la prisión preventiva de cara a su posible aplicación -recogidos en el artículo 503 LECrim-.

Asimismo, de acuerdo con la doctrina del TC, la prisión preventiva es una medida cautelar en la que deben regir las notas de la excepcionalidad y la proporcionalidad. Finalmente, se ha de tener en cuenta la STC 33/1999, de 8 de marzo (ECLI:ES:TC:1999:33), la cual afirma que para proceder a la privación de la libertad por medio de esta medida cautelar sólo es necesaria la presencia de indicios racionales de la comisión de los hechos delictivos sobre los que versa la investigación sin que se exija una prueba plena de la autoría ni una calificación de la conducta.

En lo tocante al supuesto que nos ocupa entendemos que los hechos que presuntamente ha llevado a cabo la expareja de Aida revisten un carácter delictivo y se cumplen los requisitos relativos a la duración de la pena con la que se castigan. Asimismo, existen claros indicios de que el autor material de los hechos delictivos ha sido la expareja de Aida. En cuanto a los fines, valoramos que los cuatro que se mencionan son los que se ha de tener como objetivo de la medida que se imponga. Sin embargo, no parece estar claro que la medida de prisión provisional sea la más proporcional a estos efectos dando cuenta de su marcado carácter excepcional, ya que dichos fines se pueden lograr por medio de otras medidas menos gravosas para el presunto responsable criminal. Por tanto, el juez de violencia sobre la mujer no debería proceder a imponer la prisión preventiva a la expareja de Aida. Así, en tal caso se ha de estar a las medidas cautelares de libertad provisional y medida de alejamiento.

La libertad provisional, regulada en los artículos 528 a 544 ter LECrim, es la medida cautelar que se encuentra a medio camino entre la prisión provisional y la plena libertad cuya finalidad es evitar la ausencia del imputado ya que de esta manera el sujeto, presuntamente responsable de los hechos en cuestión, queda a disposición del juez o tribunal debiendo comparecer periódicamente de acuerdo con STC 85/1989, de 10 de mayo (ECLI:ES:TC:1989:85). Esta medida cautelar se puede imponer con o sin fianza.

Un aspecto importante en referencia a esta medida cautelar es si su aplicación es obligatoria cuando no procede la prisión preventiva o no. La doctrina mayoritaria considera que, si el Juez decide no decretar

la prisión preventiva, debe optar necesariamente por la libertad provisional. En este sentido, MARTÍN RÍOS³⁴ defiende que de la redacción del artículo 529.1 LECrim se deriva la concordancia de la doctrina mayoritaria expuesta ya que el margen de discrecionalidad de la autoridad judicial se refiere a si dicha medida cautelar va acompañada de la exigencia de fianza o no.

En sentido contrario, otros autores como DE LA ROSA CORTINA³⁵, afirman que solo se debe aplicar la libertad provisional cuando sea necesaria y, por tanto, considera que su aplicación es de carácter facultativo.

La presente medida cautelar siempre va acompañada de la obligación de comparecencia periódica ante el juez o el tribunal que conozca de la causa ya que es inherente de conformidad con el artículo 530 LECrim. Asimismo, el investigado o el encausado que se encuentra en libertad provisional tiene la obligación de comparecer siempre que sea llamado ante el juez o el tribunal. Finalmente, el precepto hace referencia a la posibilidad que ostenta la autoridad judicial de retener el pasaporte del sujeto sometido a esta medida cautelar con el objetivo de garantizar el cumplimiento de la obligación de comparecencia.

Otra medida que puede acompañar a esta medida cautelar es la privación del permiso para conducir vehículos a motor para los casos de la comisión de delitos relacionados con la conducción. Estamos ante una medida discrecional de conformidad con el artículo 529 bis LECrim.

También pueden acompañar a la libertad provisional las prohibiciones que componen la medida de alejamiento, esto es: prohibiciones de residir en determinados lugares o acudir a ellos y las prohibiciones de aproximarse o comunicarse.

A la vista de lo expuesto -tenor literal del artículo 529.1 LECrim y la doctrina mayoritaria-, y teniendo en cuenta que la legislación procesal penal no hace referencia al análisis de necesidad de la presente medida, considero que la imposición de la libertad provisional es obligatoria y automática en caso de que no proceda la prisión provisional.

En este sentido, si el juez de violencia sobre la mujer considerase que en el caso de Aida no procede la imposición de la prisión provisional a su expareja -dado su carácter excepcional y la exigencia de proporcionalidad- debe proceder a imponer automáticamente la libertad provisional y demás medidas que sean necesarias para la protección de Aida.

A este respecto, nos centraremos en la medida de alejamiento, que se regula en el artículo 544 bis LECrim. Esta medida cautelar se puede imponer de forma autónoma o como una medida en el seno de la orden de protección y su objetivo es la protección de la víctima.

Un aspecto fundamental a tener en cuenta es que la presente medida sólo puede ser de aplicación en los delitos que menciona el artículo 57 CP. Es de aplicación potestativa por el juez o tribunal. De igual modo, se ha de decretar de forma motivada y cuando sea estrictamente necesaria para proteger a la víctima.

Esta medida cautelar se materializa en la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma; en la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas y en la prohibición de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.

34 MARTÍN RÍOS, M. P. Medidas cautelares personales, cit. pp. 100 y 101.

35 DE LA ROSA CORTINA, J. M. *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, cit. pp. 256 y 257.

De conformidad con el artículo 544 bis LECrim para adoptar la presente medida cautelar el juez ha de tener presente la situación económica, los requerimientos de salud, la situación familiar y la actividad laboral del inculpado.

Añade MARTÍN RÍOS³⁶ que también se debe tener en cuenta la existencia de hechos constitutivos de delitos contemplados en el artículo 57 CP y que exista un riesgo real de revictimización para la víctima.

Tres de los delitos de los que ha sido víctima Aida se incluyen en el artículo 57 CP -delito de acoso, delito de amenazas y delito contra la integridad moral- y existe un riesgo real para la víctima. Por tanto, teniendo en cuenta el artículo 544 bis LECrim, podemos concluir a este respecto que procede la adopción de la medida de alejamiento materializada en las tres prohibiciones a las que hemos hecho referencia anteriormente.

De conformidad con todo lo anteriormente expuesto en referencia a las medidas cautelares, hemos de determinar que en el presente caso la medida cautelar que se debe imponer a la expareja de Aida es la orden de protección. Concretamente, a través de dicha medida cautelar, se debe imponer una serie de medidas, tanto de carácter penal como civil. En lo tocante a las medidas de carácter penal, el presunto autor de los hechos delictivos debe ser sometido a la libertad provisional y a las prohibiciones que se derivan de la medida de alejamiento.

B) Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de violencia de género.

En este punto haremos una pequeña referencia a las medidas de protección que establece la LOMPIVG. Estas medidas tienen como objetivo otorgar protección y seguridad a las víctimas de violencia de género y se regulan en el artículo 61 y siguientes de dicha Ley.

Este tipo de medidas, establecidas específicamente para los casos de violencia de género, son medidas de protección y seguridad que son compatibles con las medidas cautelares y de aseguramiento.

La Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género de la FGE (Fiscalía General del Estado) determina que, a pesar de su denominación, las medidas que se contemplan en el Capítulo IV -que son a las que nos estamos refiriendo en este subapartado- tienen una naturaleza cautelar.

De conformidad con lo expuesto en el apartado segundo del artículo 61 de la presente Ley, el juez que conozca de un asunto de violencia de género debe pronunciarse sobre las medidas cautelares y de protección que se contemplan en la presente Ley que son las siguientes:

- Orden de protección.
- Protección de datos y limitaciones de publicidad: protección de la intimidad de las víctimas. También se refiere a la posibilidad de vistas a puertas cerradas y actuaciones reservadas.
- Medidas de salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones.
- Medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores.
- Medidas de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores.
- Medida de suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas.

De acuerdo con el artículo 68 LOMPIVG, la adopción de las medidas se debe realizar a través de auto motivado donde se debe observar la proporcionalidad y la necesidad de la medida que se pretende

36 MARTÍN RÍOS, M. P. Medidas cautelares personales, cit. p. 113.

adoptar. En el proceso es necesaria la intervención del Ministerio Fiscal y se deben respetar los principios de contradicción, audiencia y defensa.

En referencia a las medidas cautelares de carácter penal nos remitimos a lo ya expuesto en el punto anterior. Eso sí, hemos de destacar una serie de peculiaridades o novedades que se contemplan la presente Ley. Las principales novedades de la medida de alejamiento radican en que el Juez debe fijar una distancia mínima de alejamiento y la posibilidad de utilización de medios electrónicos para verificar de inmediato su incumplimiento. Asimismo, añade las medidas de salida del domicilio y la prohibición de volver que no contemplaba el artículo 544 bis LECrim.

En cuanto a la orden de protección surgen dudas sobre si las medidas, que contempla la presente Ley y a las que hemos hecho referencia anteriormente, se tienen que articular en el seno de la orden de protección o se pueden establecer de forma autónoma e independiente. A este respecto, la Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género de la FGE afirma que las diferentes medidas de carácter cautelar de la LOMPIVG a las que hemos hecho referencia se pueden adoptar a través de la orden de protección o de forma autónoma³⁷.

Por lo que concierne a las medidas de carácter civil, observamos que la presente Ley contempla dos conjuntos de medidas que también se mencionan en lo relativo a la orden de protección. Sin embargo, debemos establecer una diferenciación en lo relativo a la suspensión de la patria potestad o la custodia de menores ya que, de conformidad con dicha Circular, la presente medida del artículo 65 LOMPIVG se impondrá en el caso en que exista una relación entre la violencia sobre los menores y la situación de la mujer. En caso contrario, será de aplicación en el seno del artículo 544 ter LECrim en referencia a la orden de protección en casos de violencia doméstica donde existan conductas delictivas contra menores. Finalmente, tenemos la medida de suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas que tampoco se recoge como medida cautelar en el artículo 544 bis LECrim. Esta medida cautelar no guarda especial relación con la circunstancia de hacer uso de un arma en el delito objeto de instigación, sino que es suficiente que la posesión del arma implique un peligro para la víctima.

Las medidas que contempla la LOMPIVG que debemos destacar son la relativas a la protección de la intimidad de la víctima -regulada en el artículo 63 LOMPIVG- y la relativa a las armas del artículo 67. Asimismo, debemos destacar la importancia de las relativas al ámbito civil y la repercusión que las mismas tienen en la vida familiar y en las relaciones paternofiliales.

3. Incumplimiento de las medidas cautelares por parte de la expareja de Aida.

El hecho de que la expareja de Aida incumpliese las medidas cautelares que le fueren impuestas encaja en el delito de quebrantamiento de condena recogido en el artículo 468 CP, por el que se castiga a quien quebrante su propia condena, medida de seguridad, libertad vigilada, medida cautelar, conducción o custodia. El bien jurídico protegido por medio de este precepto es lograr la eficacia de las resoluciones judiciales, así como su cumplimiento.

El precepto contempla una serie de modalidades típicas en función de las cuales se establece una determinada condena. En este punto sólo haremos referencia a aquellas que puedan tener encaje en el presente caso.

³⁷ El punto VIII.- E) prescribe literalmente que “la referencia a la orden de protección contenida en el art. 62 posibilita que ésta sea el instrumento a través del cual se adoptarán normalmente estas medidas [las previstas en el Capítulo IV de la LOMPIVG], aun cuando también podrán adoptarse separadamente”.

Así, si la expareja de Aida estuviese en prisión preventiva y hubiese un incumplimiento de la misma se estaría ante un quebrantamiento en situación de privación de libertad -además de la prisión se incluye la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa- al que se le aplicaría la primera previsión contemplada en el apartado 1 de dicho precepto. Por tanto, la condena por el quebrantamiento de condena en esta modalidad típica conlleva la pena de prisión de seis meses a un año.

El apartado segundo del presente precepto recoge el quebrantamiento de pena del artículo 48 CP o medida de seguridad o cautelar del mismo tipo cuando el ofendido sea una de las personas mencionadas en el artículo 173.2 CP. A este respecto, en caso de que el juzgado de violencia sobre la mujer determinase imponer a la expareja de Aida una medida cautelar del mismo tipo que las penas contempladas en el artículo 48 CP -como son las prohibiciones de residir en determinados lugares o acudir a ellos y las prohibiciones de aproximarse o comunicarse- estaríamos ante un quebrantamiento de condena que se castiga con la pena de prisión de seis meses a un año.

Respecto a los casos de quebrantamiento del artículo 468.2 CP en los que se contaba con el consentimiento de la mujer protegida por las presentes prohibiciones, la STS 1156/2005, de 26 de septiembre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:5567), determinó que la existencia de consentimiento por parte de la víctima determinaba la necesaria desaparición y extinción, que en el caso de autos era una medida de alejamiento. Sin embargo, este criterio jurisprudencial fue modificado por el Acuerdo del Pleno de 25 de noviembre de 2008 en el que se acuerda que “el consentimiento de la mujer no excluye la punidad a efectos del artículo 468 del CP”.

Finalmente, nos referiremos la inutilización o perturbación de dispositivos técnicos como una modalidad del delito de quebrantamiento de condena. Su finalidad es otorgar una respuesta penal a las conductas en las que simple y llanamente se procede a alterar los dispositivos electrónicos de control del cumplimiento de una determinada pena, medida de seguridad o medida cautelar. Es por ello que para PALOMO DEL ARCO³⁸ esta modalidad se corresponde con un adelantamiento de la respuesta penal a un posible quebrantamiento.

Por ello, si a la expareja de Aida se le impusiese la utilización de dispositivos tecnológicos para el control del cumplimiento de alguna de las medidas que componen la orden de protección -como pueden ser las prohibiciones de residir o acudir a determinados lugares o las prohibiciones de aproximación o comunicación- y simplemente procediese a inutilizar el dispositivo de control o perturbar su normal funcionamiento estaríamos ante una conducta que encajaría en la presente modalidad típica del delito de quebrantamiento.

De conformidad con la STS 650/2019, de 20 de diciembre (ECLI:ES:TS:2019:4218), para que exista un delito de quebrantamiento de condena se exige la concurrencia de un elemento objetivo y un elemento subjetivo. El elemento objetivo se refiere a la existencia de una resolución judicial en la que se imponga una condena o una medida cautelar, mientras que el elemento subjetivo consiste en el mero conocimiento del sujeto de la existencia de dicha resolución y su contenido.

Por tanto, observamos que en función de la medida cautelar que se imponga se estaría ante una modalidad concreta del delito de quebrantamiento de condena. De conformidad con lo expuesto, considero que en el presente caso a la expareja de Aida se le impondría una orden de protección integrada por la medida de libertad provisional y por las diferentes medidas que contempla la medida de alejamiento. Así, estaríamos ante la modalidad de quebrantamiento de medida cautelar del carácter de

38 PALOMO DEL ARCO, A. “Comentario al artículo 468” en AA. VV. *Comentarios Prácticos al Código Penal*. Tomo V. M. Gómez Tomillo (dir). Ed. Aranzadi-Thomson Reuters. Cizur Menor 2015, p. 578.

las penas contempladas en el artículo 48 ya que Aida se incluye dentro de las personas mencionadas en el artículo 173.2 CP porque ha sido pareja sentimental del presunto agresor, teniendo que estar ante un incumplimiento grave o reiterado. Finalmente tenemos que tener presente la modalidad típica consistente en inutilizar o perturbar dispositivos técnicos de control.

Además, debemos tener en cuenta el último párrafo del artículo 544 bis LECrim respecto al incumplimiento de las prohibiciones impuestas al presunto autor de los hechos por medio de la medida de alejamiento. Así, en caso de que la expareja de Aida incumpliese algunas de las medidas que el juez le hubiese impuesto por medio de la medida de alejamiento, aquel debe convocar la comparecencia del artículo 505 LECrim para la imposición, si fuere conveniente, de la prisión provisional u otras medidas cautelares que tengan una mayor incidencia en la limitación de su libertad personal. Sin perjuicio, obviamente, de las responsabilidades que se derivasen de dicho incumplimiento en referencia al quebrantamiento de condena.

VI. AYUDAS PARA LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

1. Introducción a las leyes de violencia de género.

En este punto trataremos de hacer una pequeña aproximación a los cuerpos legales a través de los cuales se hace referencia a la situación concreta de la violencia de género. Para ello, trataremos la ya anteriormente citada LOMPIVG y ahora la Ley 11/2007, de 27 de julio, del Parlamento Gallego para la Prevención y el Tratamiento Integral de la Violencia de Género.

El artículo 1 LOMPIVG determina que la presente Ley tiene como objeto actuar contra la violencia de género y para ello establece una serie de medidas que pretenden dar una respuesta integral a este fenómeno. Así, se incluyen medidas preventivas, sancionadoras y de erradicación, además de medidas asistenciales.

Por medio de esta Ley se establecen medidas de sensibilización, prevención, detección e intervención. Asimismo, se reconoce el derecho de acceso a la información y a la asistencia social integrada y el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Otras de las medidas de gran trascendencia que se incluyen son:

- Medidas de protección en el ámbito social.
- Medidas de apoyo a las funcionarias públicas.
- Medidas de apoyo económico, entre las que se incluyen las ayudas sociales y el programa de acción específico para la inserción social.

Además, se hace referencia tanto a la tutela judicial como a la tutela institucional, en este último ámbito se crean dos órganos administrativos: la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA³⁹ extrae de la presente Ley las siguientes cuatro conclusiones en referencia al concepto de violencia de género:

- 1) Solo encaja la violencia ejercida por un hombre contra una mujer, excluyéndose la violencia contra terceros en el ámbito familiar.
- 2) No encaja la violencia en el seno de parejas homosexuales.
- 3) Entre la víctima y el agresor debe existir o haber existido una relación de afectividad -sea matrimonio o relación análoga- aun sin convivencia.

³⁹ SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA, J. *Violencia de género. Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Una visión práctica*. 1ª Edición. Ediciones Experiencia. Barcelona 2005, p. 39

- 4) Se presencia un elemento subjetivo ya que, a través de esta violencia se manifiesta discriminación, desigualdad y las relaciones de poder.

De conformidad con lo expuesto en el apartado anterior, Aida es víctima de violencia de género ya que su expareja ha cometido contra ella una serie de delitos -delitos de amenazas, delito contra la integridad moral y delito de acoso- de los contemplados en el artículo 1.3 LOMPIVG. Por consiguiente, al ser Aida víctima de violencia es de aplicación esta Ley a su respectivo caso y, concretamente en lo que aquí nos interesa, se puede acoger a las diferentes medidas que se contemplan siendo las más relevantes y destacables las de apoyo económico.

En el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia se promulgó la Ley 11/2007, de 27 de julio, del Parlamento Gallego para la Prevención y el Tratamiento Integral de la Violencia de Género. La presente Ley sigue una línea similar a la Ley estatal. Es de aplicación a las mujeres que vivan, residan o trabajen en Galicia siempre que se encuentren en situación de violencia de género. También se aplica a sus hijos y otras personas que dependan de ellas, sean víctimas directas o indirectas.

Una gran diferencia entre ambas Leyes es que la Ley estatal se limita a reconocer la violencia física y psicológica -incluyendo las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad-, así como la violencia vicaria. En sentido contrario, la Ley gallega hace referencia a más formas de violencia de género incluyendo, entre otras, la violencia económica o la violencia tecnológica.

Como ya hemos afirmado anteriormente, el presente supuesto es un caso de violencia de género en el que la víctima reside en Galicia, por tanto, la presente Ley es de aplicación al caso concreto de Aida con las medidas que en ella se incluyen.

Las principales medidas que contempla la Ley gallega de violencia de género son:

- Medidas de prevención de la violencia de género.
- Acciones de los poderes públicos y de los profesionales, necesarias para proteger y asistir a las mujeres que sufren este tipo de violencia.
- Se garantiza asistencia sanitaria, jurídica, social y psicológica integral.
- Recursos económicos: regulación de prestaciones económicas, de un proceso abreviado para la obtención de la RISGA (Renta de Inclusión Social de Galicia) y ayudas escolares para los hijos.
- Sistema de protección y asistencia integral y especializada frente a la violencia de género.

Esta Ley establece medidas en diversos ámbitos o campos de actuación. Sin embargo, por su trascendencia nos centraremos en las medidas de carácter económico.

2. Medidas de carácter económico contra la violencia de género.

Las medidas de carácter económico contra la violencia de género se contemplan tanto en la LOMPIVG como en la Ley 11/2007, de 27 de julio, del Parlamento Gallego para la Prevención y el Tratamiento Integral de la Violencia de Género.

MALLAINA GARCÍA⁴⁰ destaca la importancia de las ayudas de carácter económico, ya que las considera necesarias para que la víctima pueda desarrollar su vida fuera del alcance del agresor.

40 MALLAINA GARCÍA, C. "Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género" en AA.VV. *Estudios sobre la Ley Integral de Violencia de Género*. E. Aranda Álvarez (dir.). Ed. Dykinson. Madrid 2005, p. 83.

La LOMPIVG contempla ayudas sociales de pago único en su artículo 27, aunque la regulación de las bases y la tramitación de estas ayudas corresponde a la Xunta de Galicia tal y como establece el artículo 40 de la Ley gallega de violencia de género.

En cuanto a las medidas de carácter económico que se contemplan en la Ley autonómica de violencia de género, destacamos la prestación económica periódica y el establecimiento de un procedimiento abreviado para la tramitación de la RISGA para mujeres víctimas de violencia de género. También se contemplan ayudas escolares, indemnizaciones del Fondo Gallego de Garantía de Indemnizaciones y ayudas de acceso a viviendas y a equipamientos sociales especializados.

En este punto, como consecuencia de su mayor trascendencia, nos centraremos en las siguientes cuatro medidas de carácter económico: las ayudas de pago único, la renta activa de inserción, la prestación económica periódica y el procedimiento abreviado de la renta de integración social de Galicia.

A) Ayudas de pago único de la legislación estatal.

El artículo 27 LOMPIVG regula las ayudas de pago único que se concede a las víctimas de violencia de género cuando se presume que por diversas circunstancias tendrá dificultades para encontrar un trabajo.

MALLAINA GARCÍA⁴¹ expone que estas ayudas sociales están financiadas a cargo de los PGE (Presupuestos Generales del Estado) y las conceden las administraciones con competencia en servicios sociales.

Por su parte, el artículo 40 de la Ley gallega de violencia de género determina que es competencia de la Xunta de Galicia regular las bases de la convocatoria de estas ayudas, así como tramitarlas y concederlas.

En cuanto a los requisitos de la presente medida debemos acudir al Real Decreto 1452/2005, de 2 de diciembre, por el que se regula la ayuda económica establecida en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género cuyo artículo 3 hace referencia a ellos. En primer lugar, como es obvio, debemos tener presente que la beneficiaria tiene que ser víctima de violencia; en segundo lugar, debe carecer de rentas que en cómputo mensual sean superiores al 75% del SMI (Salario Mínimo Interprofesional) y, por último, se exige que existan dificultades para obtener un trabajo, requisito que se acredita por medio del correspondiente informe del SEPE (Servicio Público de Empleo Estatal).

En la presente norma no se hace referencia a la exigencia de la nacionalidad española. A este respecto, la STSJ de Andalucía 2578/2020 de 29 de julio (ECLI:ES:TSJAND:2020:9287) determina que la presente ayuda social no exige ni residencia legal ni efectiva en España de la víctima de violencia de género.

Aida es víctima de violencia de género, por tanto, este requisito lo damos por cumplido. En lo tocante a las rentas, señalar que Aida no está trabajando y no tenemos constancia de que cuente con alguna prestación -recordemos que estuvo trabajando sin estar dada de alta y, por ello, en su momento no tuvo acceso al subsidio por desempleo-, por tanto, podríamos dar por cumplido el presente requisito relativo a las rentas. En fin, en lo referente a las dificultades para acceder a un trabajo observamos que las circunstancias a tener en cuenta para determinar esta condición son la edad, la falta de preparación general o especializada y las circunstancias sociales. Para que se pueda apreciar dicha dificultad es necesario que se llegue a la conclusión de que la víctima no puede reincorporarse al mercado laboral lo que imposibilita que participe en un programa específico de empleo.

41 MALLAINA GARCÍA, C. “Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género” cit. p. 83.

Como estamos ante un caso de una ciudadana con vecindad en Galicia debemos tener presente que es de aplicación la Ley 11/2007, de 27 de julio, del Parlamento Gallego para la Prevención y el Tratamiento Integral de la Violencia de Género. Por ello, el acceso, tramitación y concesión de estas ayudas se regula por la Resolución de 21 de diciembre de 2021, de la Secretaría General de la Igualdad, por la que se regulan las bases para la concesión de las ayudas establecidas en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y en el artículo 43 de la Ley 11/2007, de 27 de julio, Gallega para la Prevención y el Tratamiento Integral de la Violencia de Género, y se procede a su convocatoria para el año 2022.

Los anteriores requisitos se ven complementados con la regulación del artículo 6.1 de la presente resolución. Así, además de hacer referencia a ser víctima de violencia género, carecer de rentas superiores al 75% del SMI y tener dificultades para obtener un empleo, contempla otros requisitos: no convivir con el agresor, estar empadronada y tener residencia efectiva en Galicia y, en caso de mujeres extranjeras, se exige estar en posesión del permiso de residencia y trabajo y no haber recibido con anterioridad esta ayuda.

Respecto a la condición de víctima de violencia de género, dicho precepto establece que se debe acreditar conforme el artículo 8.1 a), esto es, a través de orden de protección en vigor, sentencia condenatoria definitiva o definitiva y firme o, excepcionalmente, a través del informe del Ministerio Fiscal.

Aida, cumple los requisitos especificados por la presente resolución ya que, como hemos detallado en el apartado anterior, procede la orden de protección, así que en el momento de solicitar la presente ayuda económica debería haber sido adoptado o estar en vigor o ya debería haber una sentencia condenatoria definitiva, o definitiva y firme. Asimismo, se ha separado de su expareja cesando la convivencia. Por último, vemos que reside en A Coruña -eso sí, también debe estar empadronada- y le ha sido concedido el permiso de residencia, aunque para solicitarla debería esperar a que se le otorgase el permiso de trabajo que proceda en el presente caso.

Sin embargo, en el supuesto de Aida, no considero que de las circunstancias a tener en cuenta se derive la imposibilidad de incorporarse al mercado laboral. Por ende, Aida no puede solicitar la presente medida ya que debería participar en un programa específico de empleo -circunstancia que se contempla en el artículo 22 LOMPIVG-.

El procedimiento por el que se tramitan estas ayudas es el procedimiento administrativo común de las administraciones públicas. De acuerdo con las presentes bases las solicitudes se presentarán preferiblemente de forma electrónica, aunque también se permite su presentación presencial. La instrucción le correspondería a la Subdirección General para el Tratamiento de la Violencia de Género de la Secretaría General de la Igualdad que comprobaría el cumplimiento de los requisitos y realización una propuesta de concesión a la Secretaría General de Igualdad ya que es el órgano competente para resolver. El procedimiento de concesión es el régimen de concurrencia no competitiva tal y como establece el artículo 14.2 de la resolución. Teniendo que resolver y notificar en el plazo de cuatro meses desde la fecha de solicitud.

La resolución de la Secretaría General de Igualdad pone fin a la vía administrativa y contra ella cabría recurso potestativo de reposición -del que conocerá el mismo órgano que resuelve- en el plazo de un mes desde el día siguiente de su publicación en el DOG (Diario Oficial de Galicia) o recurso contencioso-administrativo -del que conocerá el TSJG- en el plazo de dos meses contados a partir del mismo día. Por último, hacer referencia a que la cuantía puede ser revisada y la ayuda puede ser modificada o revocada.

Por último, destacar que se puede abrir un expediente declarativo de reintegro total o parcial en determinados casos como el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la resolución.

De acuerdo con MALLAINA GARCÍA⁴², en virtud del principio de urgencia, estas ayudas se conceden inmediatamente, sin perjuicio de que después se proceda a su comprobación o control y se pueda proceder a su devolución en caso de incumplimiento de alguno de los requisitos.

Finalmente, podemos hacer referencia a la STSJ de Madrid 443/2018 de 20 de julio (ECLI:ES:TSJM:2018:9353) que conoce de un recurso contencioso administrativo contra la resolución de la Dirección General de la Mujer de la Consejería de Políticas Sociales y Familia por la que se denegaba la presente medida económica al considerar que no existe situación de violencia de género de la solicitante ya que cuando se resuelve la solicitud la orden de protección había sido dejada sin efecto como consecuencia del sobreseimiento provisional por el internamiento del presunto agresor. El Tribunal considera que, a pesar de ello, se acredita la necesidad de la protección ya que si no se hubiese producido el internamiento existiría una situación de desprotección de la víctima de violencia de género. Por tanto, la jurisprudencia determina la necesidad de interpretación ciertamente flexible a este respecto.

B) Renta Activa de Inserción.

De conformidad con lo expuesto en el punto anterior, observamos que en el supuesto concreto de Aida no puede afirmarse que existan dificultades de acceso a un nuevo empleo que impida la participación en un programa específico de empleo. Por tanto, sería incluida en un programa específico de empleo, de conformidad con el artículo 22 LOMPIVG. En este punto, de conformidad con REVUELTA ALONSO⁴³ debemos traer a colación la RAI (Renta Activa de Inserción) que es una ayuda específica que está pensada para desempleados que tienen necesidades económicas y dificultades para acceder a un puesto de trabajo.

La RAI está regulada por medio del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de Renta Activa de Inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo. El artículo 2.2.c contempla que las víctimas de violencia de género pueden ser beneficiarios del presente programa de desempleados menores de 65 años.

Los requisitos para poder acceder a esta prestación se establecen en el artículo 2.2.c). A este respecto, en el momento de solicitar la presente prestación Aida debe tener acreditada la condición de violencia de género y estar inscrita como demandante de empleo. En lo tocante a las rentas, observamos que no está trabajando y no tenemos constancia de que esté recibiendo prestación alguna. Debemos recordar que no tiene derecho al subsidio por desempleo y, por tanto, cumple el requisito de carecer de rentas superiores al 75% del SMI.

La solicitud se debe presentar en la oficina de empleo que le corresponda a Aida y tiene que ir acompañada de los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos anteriormente expuestos.

El SEPE debe comprobar que la solicitante cumple todos los requisitos. Asimismo, le corresponde dictar la resolución en el plazo máximo de 15 desde la solicitud.

42 MALLAINA GARCÍA, C. “Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género” cit. p. 83.

43 REVUELTA ALONSO, M.L. “Derechos laborales, económicos y prestaciones de la Seguridad Social de la LOMPIVG”. *Humanismo y trabajo social*, núm. 3, 2004, p. 128.

C) Prestación económica periódica.

La Ley gallega de violencia de género establece en su artículo 39 una prestación económica periódica para mujeres víctimas de violencia de género, que tiene como finalidad posibilitar la autonomía y la independencia económica de la víctima. A este respecto, SAN JOSÉ ASENSIO⁴⁴ detalla que estas medidas, además de atender a las necesidades económicas de la víctima, pretenden evitar la victimización secundaria.

La presente ayuda se regula a través de la Resolución de 17 de diciembre de 2018, de la Secretaría General de la Igualdad, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de la prestación periódica para mujeres que sufren violencia de género, prevista en el artículo 39 de la Ley 11/2007, de 27 de julio, del Parlamento Gallego para la Prevención y el Tratamiento Integral de la Violencia de Género, modificada por la Ley 12/2016, de 22 de julio. Esta resolución fue modificada por la Resolución de 12 de febrero de 2019 de la Secretaría General de Igualdad.

En el artículo 5.1 de esta resolución se hace referencia a los requisitos que debe cumplir la solicitante de la presente prestación:

- Se exige ser víctima de violencia de género. Asimismo, observamos dos exigencias más: por un lado, debe existir convivencia; y, por otro lado, debe mediar una dependencia económica con su agresor o en caso de trata con fines de explotación sexual una dependencia. Finalmente, se añade la posibilidad de que sea beneficiaria de esta prestación las mujeres que hubiesen sufrido violencia vicaria cuando haya habido un resultado de muerte.
- Es necesario que la víctima haya cesado su convivencia con el agresor en el plazo inmediatamente anterior de 12 meses a la solicitud de la prestación.
- También se exige que el documento en base al cual se pruebe la situación de violencia de género se haya emitido en los 12 meses anteriores a la solicitud.
- En caso de que la situación se pruebe por medio de una orden de protección o de una medida cautelar, esta tiene que estar vigente tanto en el momento de la solicitud como en el momento de la resolución.
- Otro requisito es que la víctima esté empadronada en Galicia y tenga residencia efectiva en dicho territorio. En caso de que la víctima sea una mujer extranjera debe tener permiso de residencia. Si estamos ante una víctima de trata con fines de explotación es suficiente que posea una autorización de residencia por circunstancias excepcionales⁴⁵.
- En último término, la víctima ha de carecer de recursos económico o estos deben ser insuficientes o disponer de rentas o ingresos brutos mensuales iguales o inferiores al doble del IPREM (indicador público de renta de efectos múltiples).

Aida, como ya hemos determinado, es víctima de violencia de género con residencia efectiva en Galicia -debe estar igualmente empadronada- y con permiso de residencia. A pesar de no tener referencia temporal concreta alguna, parece indicar se cumplirían los plazos de 12 meses exigidos -relativos al cese de la convivencia con el agresor y relativos al plazo en el que se debe haber emitido el documento que pruebe la situación de violencia de género- ya que se hace referencia a que todo ha ocurrido en un corto periodo de tiempo y, por tanto, Aida debe proceder a solicitarla, en caso de que concurran los requisitos, dentro de los plazos temporales a los que se hace referencia.

Respecto de la situación de violencia de género, observamos que se cumplen el requisito de haber mediado convivencia, pero no tenemos constancia de que exista una situación de dependencia

44 SAN JOSÉ ASENSIO, E. "La violencia de género en Galicia". *Estudio penales y criminológicos*, vol. XXVIII, 2008, p. 483.

45 La STSJ de Galicia 361/2017, de 05 de junio (ECLI:ES:TSJGAL:2017:5266) estableció que se considera la residencia efectiva de la víctima aquella en la que habite durante más de seis meses en un período de doce.

económica. Sin embargo, de los hechos expuesto se podría observar cierta dependencia económica ya que Aida no trabaja ni tenemos constancia de la percepción de alguna prestación o subsidio, pero para ello la expareja de Aida debería estar percibiendo alguna renta y ser el sustentador de la unidad familiar - información de la que no disponemos-. Por último, no tenemos conocimiento ni del cumplimiento ni del incumplimiento de los requisitos de carácter económico. Así, en caso de que se cumpliesen estos dos requisitos de dependencia económica y el relativo a las rentas, Aida podría solicitar la presente prestación ya que cumple todos los demás requisitos.

Además, se exige que Aida los cumpla tanto en el momento de la solicitud de la prestación como en el momento de la resolución y durante el tiempo en que la perciba de conformidad con lo expuesto en el artículo 5.2 de esta resolución.

En cuanto al procedimiento, vemos que este comienza por medio de la solicitud de la persona interesada. Las solicitudes se presentarán preferiblemente por vía electrónica, aunque se mantiene la posibilidad de presentación en soporte papel. En la presente resolución, reguladora de las bases de la prestación a la que estamos haciendo referencia, se incorpora el modelo estandarizado por medio del cual Aida debe presentar la solicitud iniciando, de esta manera, el procedimiento.

El artículo 7.2 de esta resolución expone la documentación que debe acompañar al modelo de solicitud. Así, junto con el modelo Aida tiene que adjuntar la documentación que acredite la situación de violencia de género, la documentación relativa a los ingresos económicos que se declaren en la solicitud y, en último término, como tiene un hijo menor de edad a su cargo, deberá presentar el Libro de Familia para acreditar los vínculos y la documentación relativa a probar la convivencia con el menor a su cargo - como puede ser el convenio regulador o el certificado de empadronamiento colectivo-. Podemos añadir que si la víctima solicitante o alguno de sus hijos o menores acogidos tuviere discapacidad - circunstancia que no se aprecia en el supuesto expuesto- se debería adjuntar la certificación que lo acredite si la hubiere expedido una Administración distinta a la Xunta de Galicia.

Asimismo, en caso de que se produzca una modificación de los datos de la solicitud o de los documentos que la acompañan, los solicitantes deberán comunicar tal circunstancia a la Secretaría General de Igualdad.

En la presente prestación, igual que en las de pago único, la tramitación del procedimiento le corresponde a la Subdirección General para el Tratamiento de la Violencia de Género de acuerdo con el artículo 9.1 de la presente resolución. A este respecto, el proceso de tramitación se acomoda al correspondiente a la prestación de pago único con la principal excepción de que en el presente caso no se incorporará a la solicitud el informe del SEPE.

La resolución le corresponde, igualmente, a la Secretaría General de Igualdad y el procedimiento de concesión sigue también el régimen de concurrencia no competitiva haciéndose referencia a las mismas circunstancias a tener en cuenta para proceder a la resolución caso de que se agote el crédito y existan varias solicitudes que cumplen los requisitos. En cuanto a la resolución y notificación, observamos que en el presente caso el plazo es de mayor duración ya que el plazo máximo para resolver y notificar es de cinco meses desde el día siguiente a la presentación de la solicitud.

Otra salvedad a tener en cuenta es que en estas bases no se hace mención expresa a los posibles recursos contra la resolución, suponiendo que cabrá, como es de aplicación general, el recurso potestativo de reposición o recurso contencioso-administrativo.

D) RISGA

Esta prestación económica tiene como finalidad mejorar la cohesión y la inclusión social en Galicia de conformidad con el artículo 1.1 de la Ley 10/2013, de 27 de noviembre, de Inclusión Social de Galicia que regula la presente renta de inclusión. Esta Ley es desarrollada por medio Decreto 14/2019, do 31 de enero, de desarrollo de la Ley 10/2013, de 27 de noviembre, de Inclusión Social de Galicia, en lo relativo a la tramitación de la renta de inclusión social de Galicia y de las ayudas de inclusión social.

Por su parte, el artículo 3.1 de esta Ley establece que para que quepa la presente prestación es necesario que el beneficiario no tenga suficientes recursos económicos, esté en situación de desempleo y concurra alguno de los factores de exclusión que menciona, entre los que se encuentra la violencia de género. Además, dicho factor debe llevar aparejada especiales dificultades de integración social o laboral.

De conformidad con lo expuesto, observamos que la finalidad de la presente prestación no es combatir la violencia de género o dotar a la víctima de los medios suficientes para que pueda disponer de la autonomía económica suficiente cuando se encontraba en una situación de dependencia económica. Por tanto, no estamos ante una medida de carácter económico contemplada para los casos exclusivos de violencia de género, sino que pretende combatir la exclusión social.

Sin embargo, por medio de la Ley gallega de violencia de género se hace referencia al establecimiento de un procedimiento abreviado para la tramitación de esta renta de inclusión social cuando la persona beneficiaria es una víctima de violencia de género. Este procedimiento se contempla en el artículo 41 de la Ley 10/2013, de 27 de noviembre de Inclusión Social de Galicia y su objetivo es establecer un procedimiento que se caracterice por la celeridad y la agilidad ya que está contemplado para unas personas beneficiarias especialmente vulnerables. Es por ello que se tramitan con urgencia y con prioridad respecto de las demás solicitudes.

En este punto, como no es una medida específicamente contemplada para víctimas de violencia de género, los requisitos para poder ser beneficiaria de esta prestación son los contemplados con carácter general.

En el presente caso, observamos que Aida podría estar en situación de exclusión social ya que entre los factores de exclusión se contempla el hecho de ser víctima de violencia de género. Los restantes requisitos -contemplados en el artículo 12 de la Ley- relativos a la residencia efectiva en Galicia -debiendo estar igualmente empadronada-, tener residencia legal y ser mayor de 25 años se podrían dar por cumplidos, a pesar de no tener constancia expresa del cumplimiento del empadronamiento, pero que presuponemos debido a que tiene permiso de residencia y reside efectivamente en un municipio gallego. En lo referente al requisito de contenido económico, de los hechos expuestos se deriva que Aida no está desempeñando actividad laboral alguna ni percibe rentas ni prestaciones de ningún tipo.

Cuestión trascendental a este respecto es si la expareja de Aida estaría obligada a prestarle alimentos. El artículo 143 CC determina que están obligados a darse alimentos recíprocamente los cónyuges. SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA⁴⁶ afirma que el cese de la convivencia en el ámbito de las parejas que conviven de hecho no genera derecho a las pensiones de alimentos o por desequilibrio. En este supuesto, entre Aida y su expareja no ha mediado una relación conyugal, por tanto, cabría afirmar que no existe obligación alimenticia a favor de Aida, cumpliendo de este modo todos los requisitos expuestos relativos a la RISGA.

46 SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A. “La legislación sobre parejas de hecho tras las sentencias del Tribunal Constitucional 81/2013, de 11 de abril y 93/2013, de 23 de abril”. *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 20, 2014, pp. 199 y 2000.

Otro aspecto a tener en cuenta es que la presente prestación se divide en tres tramos -tramo personal y familiar, tramo de inserción y tramo de transición al empleo- estableciéndose requisitos específicos para cada uno de los tramos en los que se configura la presente prestación social.

Sin embargo, de la literalidad de la norma -específicamente del artículo 3.1- se deriva que el mero hecho de que Aida sea víctima de violencia de género -esto es, que nos encontremos ante un factor de exclusión de los que se recoge- no implica que esté en situación de exclusión social. A este respecto, se interpreta que es necesario que el factor de exclusión conlleve la existencia de dificultades de integración social o laboral según cada caso y las circunstancias concretas que en él se observen. Por tanto, Aida no puede ser beneficiaria de la presente prestación ya que dadas las circunstancias expuestas no se observa la presencia de dichas dificultades para afirmar que estamos ante un caso de exclusión social.

E) Incompatibilidad de las presentes ayudas.

De lo expuesto hasta el momento, observamos que Aida puede ser beneficiaria de la RAI, ya que debe estar participando en un programa específico de empleo al no contemplarse en el caso concreto que no pueda reincorporarse al mercado laboral. Además, puede ser beneficiaria de la prestación periódica de la Xunta de Galicia para víctimas de violencia de género ya que cumple todos los requisitos de conformidad con lo expuesto anteriormente.

Por tanto, en este punto haremos referencia a las incompatibilidades que presentan estos dos tipos de prestaciones de las que podría ser beneficiaria Aida.

El artículo 15.1 de la Resolución de 17 de diciembre de 2018, de la Secretaría General de la Igualdad, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de la prestación periódica para mujeres que sufren violencia de género, prevista en el artículo 39 de la Ley 11/2007, de 27 de julio, del Parlamento Gallego para la Prevención y el Tratamiento Integral de la Violencia de Género, modificada por la Ley 12/2016, de 22 de julio establece la incompatibilidad de esta ayuda con cualquier otra que tenga la misma finalidad con independencia de que hubiere sido establecida por las administraciones públicas o por cualquier organismo. Además, su apartado segundo establece que esta medida económica es incompatible con la RAI.

A este respecto, se distingue en dicho presente los casos en los que la solicitante tenga solicitada la RAI, los casos en los que la perciba y los casos en los que la solicite o perciba con posterioridad a la solicitud de la prestación periódica. En el presente caso, conociendo esta incompatibilidad y teniendo en cuenta la cuantía de la RAI -463'21€- y de la prestación periódica -650€ ya que no tenemos constancia de que tenga ingresos algunos y tiene un hijo menor de edad a su cargo- la más beneficiosa de ambas prestaciones para Aida es la de carácter periódico.

Por tanto, Aida debería solicitar la prestación periódica a la que hace referencia el artículo 39 de la Ley gallega de violencia de género ya que cumple los requisitos y es la de mayor cuantía de las prestaciones de las que es beneficiaria.

VII. CONVENIO REGULADOR, PATRIA POTESTAD E INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES PATERNOS

1. El convenio regulador.

En primer lugar, para obtener una primera aproximación al concepto de convenio regulador acudiremos al CC. De sus artículos 81, 82, 83 y 87 se deriva que el convenio regulador es un documento suscrito por los cónyuges, a través del cual regulan determinados aspectos relativos a la nulidad, separación o divorcio. El convenio regulador debe ser aprobado por la autoridad correspondiente, a través de dicha aprobación se suspende la vida común de los cónyuges y, a partir de entonces, ya no se puede vincular bienes del otro en el ejercicio de la potestad doméstica tal y como establece el artículo 83 CC.

La doctrina jurisprudencial⁴⁷ establece que el convenio regulador es un negocio jurídico familiar donde los cónyuges de mutuo acuerdo regulan los efectos de las situaciones de crisis matrimoniales. A este respecto, PÉREZ GALVÁN⁴⁸ afirma que “el convenio regulador es un contrato por el que las partes intervinientes, establecen los acuerdos que van a regir las futuras relaciones económicas y las relativas a los hijos comunes, en los casos de nulidad, separación y divorcio y en los posteriores procedimientos de modificación de medidas”.

De lo expuesto observamos la íntima conexión que existe entre el convenio regulador y el principio de la autonomía de la voluntad, ya que aquel es una manifestación de esta.

El convenio regulador puede ser el encargado de regular las crisis matrimoniales en dos casos. Por un lado, acompañando a la correspondiente demanda de nulidad, separación o divorcio de mutuo acuerdo y, por otro lado, en casos en los que no existan hijos menores y se proceda a la separación de mutuo acuerdo mediante la formalización del mismo ante el Letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante notario.

En el presente caso, observamos que la pareja tiene un hijo, que a la luz de lo expuesto debe ser menor de edad y no está emancipado. Por tanto, la única manera de proceder a la separación de la pareja y que esta se regule por un convenio regulador es a través de la correspondiente demanda de separación de mutuo acuerdo que vaya acompañada de un convenio regulador.

Respecto a la naturaleza jurídica del convenio regulador, la STS 325/1997, de 22 de abril de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:2817) expone que es un negocio jurídico de derecho de familiar que se deriva del principio de autonomía privada y para que tenga eficacia jurídica es necesaria su aprobación judicial. En lo tocante a su eficacia jurídica, dicha sentencia añade que el convenio regulador se integra en la sentencia de aprobación por lo que tiene plena eficacia procesal. En fin, reconoce que la ausencia de aprobación judicial no impide que el convenio regulador tenga eficacia, pero esta será la que corresponde a todo negocio jurídico.

En relación con esto último, la aprobación u homologación judicial no es un requisito *ad solemnitatem*; es decir, cuyo cumplimiento sea necesario para su validez. Eso sí, como estamos ante un negocio jurídico es necesaria la ausencia de vicios de la voluntad -esto es, error, dolo, violencia e intimidación- y que las partes tengan plena capacidad.

El convenio regulador puede estar contenido por cualquier pacto entre las partes, como consecuencia del principio de autonomía de la voluntad. Sin embargo, debe hacer referencia al contenido mínimo

47 Véase la SAP de Madrid 316/2009, de 19 de junio (ECLI:ES:APM:2009:19998)

48 PÉREZ GALVÁN, M. “Convenio Regulador” en AA.VV. *Crisis Matrimoniales*. E. Roca Trías (coord.) 4ª Edición. Ed. Francis Lefebvre. Madrid 2019. p. 9.

establecido en el artículo 90 CC. Entre este contenido mínimo nos encontramos con el ejercicio de la patria potestad, la atribución de la vivienda familiar o determinados aspectos económicos como la distribución de las cargas familiares o la pensión de alimentos.

En lo tocante al procedimiento, Aida y su expareja han procedido a formular el convenio regulador con asistencia letrada debiendo firmarlo. A continuación, han tenido que interponer una demanda de separación de mutuo acuerdo acompañándola de dicho convenio regulador. A pesar de dicha primera aceptación por las partes, existe el deber de ratificación presencial ante el LAJ. Como la pareja tiene un hijo que, de acuerdo con la redacción parece ser menor de edad y que no está emancipado, el Ministerio Fiscal ha intervenido para dar su conformidad al respecto de las cláusulas que le afectan. El procedimiento judicial termina con una sentencia en la que se declara la separación de la pareja y se aprueba el convenio regulador en cuestión.

Si la pareja decide modificar el convenio regulador puede hacerlo a través de un nuevo convenio. Asimismo, existe la posibilidad de modificación judicial cuando las necesidades y circunstancias tanto de los hijos como de la expareja lo aconseje.

De conformidad con lo expuesto, el convenio regulador suscrito entre Aida y su expareja es un negocio jurídico de derecho de familia que es válido y eficaz. De dicho convenio, se desprenden plenos efectos jurídicos siempre que sea homologado judicialmente y el Ministerio Fiscal haya manifestado su conformidad con las cláusulas relativas a los hijos menores de edad. Por tanto, siempre que se siga lo expuesto en este subapartado, el convenio regulador realizado para regular los efectos de la separación de Aida y su expareja es de obligado cumplimiento, así como tiene plena eficacia procesal al ir incorporado en la sentencia judicial y, de acuerdo con el artículo 90.2 CC, sus acuerdos se pueden hacer efectivos por vía de apremio.

2. La patria potestad.

A pesar de existir numerosas referencias a la patria potestad en la legislación civil, no existe una definición o concepto legal de la presente institución.

A este respecto, la STS 415/2000, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2000:3419), establece que la patria potestad es “una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden”. Así, la STS 1165/1996, de 31 de diciembre (ECLI:ES:TS:1996:7658), recoge que es la institución protectora del menor, cuyo ejercicio ha de ser en beneficio de los hijos y teniendo en cuenta al menor.

GARCÍA PRESAS⁴⁹, por su parte, observa la patria potestad como un poder que la ley le da a los padres respecto de los hijos menores no emancipados y que tiene como finalidad proporcionar su asistencia integral. Añade que no se refiere de forma exclusiva a las necesidades jurídicas, sino que también se refiere a los aspectos personales y patrimoniales, haciendo alusión, por tanto, a un poder global.

La SAP de Zaragoza 86/1998, de 9 de febrero (ECLI:ES:APZ:1998:28A), caracteriza la patria potestad como intransferible e imprescriptible. A estos dos caracteres, GARCÍA PRESAS⁵⁰ añade la nota de irrenunciable.

49 GARCÍA PRESAS, I. *La patria potestad*. Ed. Dykinson. Madrid 2013. p. 13.

50 GARCÍA PRESAS, I. *La patria potestad*, cit. pp. 15 y 16.

En lo tocante a las partes, tenemos por un lado a los progenitores y, por otro, a los hijos. De conformidad con el párrafo primero del artículo 156 CC la patria potestad surge automáticamente como fruto de la filiación, aunque puede ocurrir que solo la ostente un progenitor.

Antes de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se Reforma la Legislación Civil y Procesal para el Apoyo a las Personas con Discapacidad en el Ejercicio de su Capacidad Jurídica, teníamos la figura de la prórroga de la patria potestad para cuando los hijos menores de edad alcanzasen la mayoría de edad. Asimismo, establecía la rehabilitación de la patria potestad cuando el hijo mayor de edad soltero que vivía en compañía de al menos uno de sus padres era incapacitado.

La patria potestad se compone de derechos y de deberes tanto de los padres como de los hijos tanto en la esfera personal como en la patrimonial. En este sentido, destaca la representación legal del menor no emancipado por parte de sus padres de acuerdo con el artículo 162 CC, a pesar de la existencia de ciertas excepciones. Además, los padres, en virtud del artículo 323 CC, deben completar la capacidad del menor emancipado en determinados negocios.

A este respecto, tanto Aida como su expareja tienen la patria potestad de su hijo -menor de edad y no emancipado- simple y llanamente como consecuencia de la filiación. Es por ello, que ambos ostentan derechos y deberes sobre el hijo menor y el incumplimiento de los deberes paternos puede tener determinadas consecuencias tanto desde el ámbito civil como desde el ámbito penal.

3. Incumplimiento de los deberes paternos.

En este punto nos centraremos en estudiar qué es lo que ocurriría en caso de que la expareja de Aida incumpliese sus deberes paternos que se derivan de la patria potestad.

Así, para tratar que su expareja cumpla con dichos deberes Aida tendría que interponer acciones legales que pueden ser a través de la jurisdicción civil o de la penal.

A) Ámbito civil.

En el ámbito de la jurisdicción civil Aida podría interponer una demanda de ejecución del convenio regulador fundamentada en el incumplimiento de determinados y concretos deberes paternos de su expareja y padre del menor.

Estamos ante un supuesto de separación de mutuo acuerdo en el que media un convenio regulador que está integrado en una sentencia firme por la que se homologa tras la ratificación presencial de las partes ante el LAJ. Así, el título ejecutivo es la sentencia firme. A este respecto, el artículo 90.2 CC reconoce la posibilidad de acudir a la vía de apremio con el objetivo de hacer efectivos los acuerdos que contiene el convenio regulador.

Podemos distinguir entre la ejecución de dos tipos de medidas. En el derecho de familia tenemos, por un lado, las medidas dinerarias -artículo 571 LEC (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)-, donde se encontraría la pensión de alimentos o la pensión compensatoria. Y, por otro lado, tenemos las medidas no dinerarias -artículo 699 LEC-, donde podemos destacar el ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia, el régimen de visitas o el uso y disfrute de la vivienda familiar.

En el ámbito de la ejecución en materia de derecho de familia se establecen diversas reglas especiales destacando la contenida en el artículo 774.5 LEC -relativo al ámbito de los recursos- y las contenidas en el artículo 776 -al respecto de las multas coercitivas en el ámbito de las prestaciones pecuniarias y no

pecuniarias, de la modificación del régimen de guarda y visitas como consecuencia del incumplimiento reiterado y de la ejecución forzosa de gastos extraordinarios-⁵¹

Por tanto, si el objetivo de Aida es que su expareja cumpla con los pronunciamientos contenidos en el convenio regulador debe proceder a interponer una acción de ejecución en el plazo de cinco años desde la firmeza de la sentencia ya que este es el plazo de caducidad que fija el artículo 518 LEC.

La presente acción se ventilaría en un procedimiento ejecutivo en familia. De conformidad con ROCA TRÍAS⁵², las líneas generales de este procedimiento son: presentación de la demanda, traslado al demandado y auto en el que se despache o se deniegue la ejecución. También menciona que en una demanda se puede solicitar la ejecución de varios procedimientos que se incluyan en el mismo título ejecutivo y que no es necesario el requerimiento de pago porque el demandado ya es conocedor del importe de la deuda.

Aida debería iniciar el procedimiento presentando una demanda de ejecución de la sentencia en la que se ha homologado el convenio regulador. En la demanda se debe hacer referencia a una serie de extremos: título ejecutivo, identificación del demandado, bienes del demandado que pueden ser embargados -sólo es necesario en caso de ejecución de medidas dinerarias- y medidas oportunas para averiguar el patrimonio del demandado.

A continuación, el tribunal daría traslado a la expareja de Aida para que realice todas las alegaciones que considere necesarias.

En fin, el tribunal dicta el correspondiente auto en el que despachará la ejecución si se observa la concurrencia de los requisitos, contra este auto no cabe recurso. Si, por el contrario, no se cumplen los requisitos el tribunal deberá denegar la ejecución solicitada por Aida contra su expareja.

Las concretas ejecuciones dependerán de los determinados pronunciamientos relativos a los deberes paternos contenidos en el convenio regulador en cuestión, que regula la separación entre Aida y su expareja en un caso en el que se ha interpuesto una demanda de mutuo acuerdo acompañada por el convenio regulador suscrito por ambos.

B) Ámbito penal.

El incumplimiento de los deberes paternos por parte de la expareja de Aida también puede tener repercusiones desde el punto de vista penal.

El artículo 226 CP contempla el delito de abandono de familia, en este delito se observan dos conductas o modalidades típicas. La primera de ellas se refiere al incumplimiento de los deberes de asistencia que son inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento. La segunda conducta consiste en dejar de prestar la asistencia que sea necesaria para el sustento de los descendientes, ascendiente o cónyuge que se hallen en situación de necesidad.

La conducta que tiene cabida en caso de que la expareja de Aida incumpliese sus deberes paternos, respecto del hijo en común, es la primera de las conductas expuestas. Por tanto, por medio de dicho precepto se castigaría el hecho de que la expareja de Aida dejase de cumplir los deberes de asistencia que son inherentes a la patria potestad y, por ello deviene obligado a cumplirlos.

51 ROCA TRÍAS, E. "Procedimiento", en AA.VV. *Crisis Matrimoniales*. E. Roca Trías (coord.) 4ª Edición. Ed. Francis Lefebvre. Madrid 2019. pp. 112 y 113.

52 ROCA TRÍAS, E. "Procedimiento" cit. pp. 119 y 120

TORRES ROSELL⁵³ afirma que los deberes a los que se hace referencia en esta primera conducta típica son tanto aquellos mediante los cuales se satisfacen necesidades materiales como los que se refieren a otro tipo de necesidades donde se puede mencionar lo referente al deber de educación.

El presente artículo es, lo que se denomina, una norma penal en blanco⁵⁴. Es por ello que podemos hacer alusión al artículo 154 CC ya que en él se hace referencia al contenido de la patria potestad. Así, los progenitores deben tener al menor en su compañía, velar por ellos, alimentarlos y educarlos, así como representarlos y administrar sus bienes. Por tanto, todo incumplimiento de estos deberes que son inherentes a la patria potestad tiene como consecuencia la comisión de un delito de abandono de familia contenido en el artículo 226 CP.

La Sentencia 328/2017 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Palencia contempla cuatro elementos en referencia al presente ilícito penal. En primer lugar, se hace referencia a la existencia que una situación que obligue a actuar -que en el supuesto de la expareja de Aida se deriva de la patria potestad que este ostenta respecto de su hijo menor-. En segundo lugar, contempla la necesidad de una omisión o inacción por parte del sujeto obligado. En tercer lugar, se menciona la capacidad de acción del obligado y el conocimiento de dicha obligación -no tenemos referencia alguna a la pasible existencia de alguna circunstancia que impida la acción y la expareja de Aida sí tiene conocimiento de tales deberes ya que es consciente de la patria potestad-. En fin, se exige que estemos ante un abandono de carácter duradero. En referencia a este último elemento cita la STS 7614/1998, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:1998:7614). Esta sentencia, también establece que el elemento objetivo de este ilícito es la existencia de una situación de desamparo del menor.

Así, si la expareja de Aida -y padre del menor- incumple los deberes paternos que son inherentes a la patria potestad, siendo consciente de sus deberes y teniendo capacidad de acción, de forma duradera y existiendo una situación de desamparo o necesidad del menor estaríamos ante un hecho que encajaría en el artículo 226 CP. Por tanto, la expareja de Aida sería castigada con la pena prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses. Por su parte, el apartado segundo de este precepto contempla la posible imposición de la pena de inhabilitación especial para ejercer la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento.

Otra opción que tendríamos es la contemplada en el artículo 227 CP por medio del cual se castiga el impago de pensiones. Por tanto, para que la conducta de la expareja de Aida se pudiese circunscribir en el presente ilícito es necesario que se produjese un incumplimiento del deber de alimentos. Además, dicho incumplimiento materializado en el impago de la pensión de alimentos debe presentar una serie de elementos para que pueda ser castigado por medio de dicho ilícito.

La SAP de Valencia 108/2003, de 9 de mayo (ECLI:ES:APV:2003:2893), expone que el presente artículo es ley especial frente a la ley general que establece el artículo 226 CP en materia de incumplimiento de los deberes legales de asistencia.

La expareja de Aida debe incumplir durante dos meses consecutivos o durante cuatro meses no consecutivos la obligación de pasar una prestación económica a favor de su hijo. También se exige que estemos ante un supuesto de separación, divorcio, nulidad matrimonial, proceso de filiación o proceso de alimentos -circunstancia que cumple ya que estamos ante un supuesto de separación- y tal obligación debe estar fijada en un convenio aprobado judicialmente o en una resolución judicial firme.

53 TORRES ROSSEL, N. "Comentario al artículo 226 CP", en AA.VV. *Comentario al Código Penal. Tomo I*. G. Quintero Olivares (dir). Ed. Aranzadi-Thomson Reuters. Cizur Menor 2015, p. 1436.

54 MARTÍNEZ GARCÍA, Á. S. "Comentario al artículo 226 CP", en AA. VV. *Comentarios Prácticos al Código Penal. Tomo II*. M. Gómez Tomillo (dir). Ed. Aranzadi-Thomson Reuters. Cizur Menor 2015, p. 870.

Esta conducta se castiga con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses. Además, la expareja de Aida debería proceder al pago de las cantidades adeudadas.

Finalmente, haremos referencia al incumplimiento del régimen de visitas. Antes de la reforma del CP el incumplimiento del régimen de visitas era una falta contra las personas, pero desde la reforma esta circunstancia solo se puede castigar por medio del delito de desobediencia a la autoridad contemplada en el artículo 556 CP.

En este sentido, el Auto de la AP de Guipúzcoa 165/2020, de 29 de junio (ECLI:ES:APSS:2020:971A), expone los requisitos para que se pueda apreciar este ilícito: (1) debe existir una orden o un mandato de la autoridad competente, (2) la orden o mandato debe ser claro, expreso y estar dirigido a un particular al que le imponga una determinada conducta, (3) se tiene que hacer conocer al particular la obligación que se le impone a través de un requerimiento y (4) que el sujeto incumpla la orden de forma consciente y reiterada teniendo una intención de atacar el principio de autoridad. En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Badajoz 5/2020, de 7 de enero (ECLI:ES:APBA:2020:92).

Para que dicho precepto sea de aplicación en el caso que nos ocupa es necesario que la expareja de Aida incumpla el régimen de visitas establecido en el convenio regulador que haya sido homologado judicialmente, exista un requerimiento judicial y que persista en su conducta de forma consciente y menoscabando el principio de autoridad. Por tanto, se exige que estemos ante un caso de incumplimiento persistente.

C) Demanda de privación de patria potestad.

Hasta el momento las acciones civiles que hemos expuesto tendrían como objetivo que la expareja de Aida cumpliera con sus deberes paternos. Sin embargo, existiría una última opción en la que se castiga el incumplimiento de los deberes paternos, pero cuyo objetivo no es que se proceda al cumplimiento de los mismo, sino que es proceder a la privación de la patria potestad en base al interés superior del menor.

La privación de la patria potestad se regula en el artículo 170 CC y una de sus causas es el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad.

Por tanto, Aida puede interponer una demanda de privación de la patria potestad contra su expareja respecto del hijo menor en común, fundamentada en el incumplimiento de los deberes paternos inherentes a la patria potestad que ostenta como consecuencia de la filiación.

Dicha privación puede ser relativa o absoluta, total o parcial, temporal o definitiva y puede tener, o no, carácter sancionador⁵⁵.

La STS 4575/2015, de 9 de noviembre (ECLI:ES:TS:2015:4575), expone que la jurisprudencia del Alto Tribunal exige que estemos ante un incumplimiento grave y reiterado y que dicha privación sea beneficiosa para el menor⁵⁶. Asimismo, añade que se observa una amplia discrecionalidad del juez o tribunal sentenciador para observar o no el incumplimiento, así como su alcance, debiéndose estar a lo expuesto en cada caso.

55 A este respecto véase GARCÍA PRESAS, I. *La patria potestad*, cit. pp. 74, 75 y 77.

56 En este sentido, trae a colación la STS 315/2014 de 06 de junio (ECLI:ES:TS:2014:2131).

De acuerdo con GARCÍA PRESAS⁵⁷, la privación de la patria potestad tiene una serie de efectos. Así, conlleva la incapacidad del progenitor para ejercer cargos tutelares, es justa causa para desheredar al progenitor privado y cesa el derecho de alimentos a favor del mismo. Si la privación se ha producido en una causa criminal por abandonar, prostituir o corromper al hijo, esta será una causa de indignidad y, por tanto, el progenitor será incapaz para suceder al hijo.

A pesar de la privación de la patria potestad, el progenitor sigue estando obligado a velar por el menor de edad y a mantenerlo; esto es, persiste la obligación de alimentos de acuerdo con el artículo 110 CC. Asimismo, el hecho de que un progenitor sea privado de la patria potestad no significa que no persista el deber de relacionarse con su hijo.

Finalmente, hacer referencia a que la privación de la patria potestad se puede imponer de forma autónoma en un procedimiento de familiar o puede ser impuesta de forma accesoria a determinadas penas en un procedimiento penal.

VIII. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Entre Aida y su antigua empleadora ha mediado una relación laboral ya que se cumplen las cuatro características definitorias -voluntariedad, onerosidad, ajenidad y dependencia o subordinación-. En cuanto al contrato de trabajo se observa que este puede ser escrito u oral, siendo este último el presente en este supuesto de hecho.

SEGUNDA.- La LOEx reconoce la validez de los contratos de trabajo con inmigrantes irregulares en referencia a los derechos del trabajador extranjero, pudiendo obtener determinadas prestaciones. Sin embargo, el trabajador irregular no tiene acceso al sistema de Seguridad Social -ni contributiva ni no contributiva-, incluida la prestación por desempleo. En cuanto a qué prestaciones son aquellas a las que tiene acceso la doctrina mayoritaria concluye que la legislación se refiere a las prestaciones que se derivan de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Cabe añadir que la afiliación, alta y cotización son nulas en el caso de que estamos ante un trabajador extranjero irregular.

TERCERA.- El hecho de desempeñar una actividad laboral sin la preceptiva autorización de trabajo se castiga administrativamente como una sanción grave que puede llevar aparejada multa o la expulsión del territorio nacional -estas sanciones son incompatibles y se debe atender al principio de proporcionalidad para elegirla cuál se ha de imponer al caso concreto-. Además, el hecho de contratar a un trabajador irregular también se castiga, en este caso como infracción grave lleva aparejada una multa.

CUARTA.- Aida puede interponer acciones judiciales contra su antigua empleadora para reclamar los salarios impagados como consecuencia del contrato verbal que mediaba entre las partes. En referencia al procedimiento, Aida debe, en primer lugar, interponer una papeleta de conciliación o mediación ante el SMAC -la reclamación de salarios no se excluye de esta norma general-. En caso de que esta no surta efectos, podría interponer demanda de juicio ordinario en base a los salarios debidos y a los daños y perjuicios ocasionados. Finalmente, podemos hacer referencia al proceso monitorio que no es de aplicación en el presente caso ya que no tenemos constancia del cumplimiento de todos los requisitos expuestos en la legislación vigente.

QUINTA.- Los extranjeros extracomunitarios que se encuentren en territorio nacional pueden estar bien en situación de estancia bien en situación de residencia que puede ser de diferentes tipos: ordinaria, especial y excepcional. En el presente caso, concluimos que Aida se encuentra en situación de residencia

57 GARCÍA PRESAS, I. *La patria potestad*, cit. pp. 78.

excepcional, ya que le fue concedida por razón de haber colaborado con las autoridades públicas en la investigación contra su antigua empleadora.

SEXTA.- La residencia excepcional por colaborar con autoridades públicas no lleva aparejada la autorización para trabajar, sino que esta tiene que ser solicitada por Aida, que ya es residente. Siendo función de las oficinas de Extranjería su tramitación y correspondiéndole la resolución al Subdelegado del Gobierno ya que Galicia no es una Comunidad Autónoma uniprovincial. En caso de que tal autoridad le denegase el permiso de trabajo, Aida podría interponer recurso potestativo de reposición - que es un recurso administrativo del que conoce el mismo órgano que ha resuelto- y puede acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, directamente o una vez que ha sido denegado dicho recurso potestativo de reposición.

SÉPTIMA.- En el ámbito penal observamos que tras la separación Aida es víctima de diversas conductas delictivas. En primer lugar, se observa un delito de acoso agravado por ser la víctima una persona que ha estado ligada al autor por una relación de afectividad análoga a la matrimonial. En segundo lugar, estamos ante un delito de allanamiento informático, o hacking en blanco, en concurso medial con un delito contra la integridad moral. Finalmente, es víctima de un delito de amenazas, concretamente se observa una amenaza no condicional de un mal constitutivo de delito con el envío del vídeo con connotaciones amenazantes.

OCTAVA.- El delito de suplantación de estado civil, contemplado en el artículo 401 CP, no tiene cabida en la esfera del ámbito tecnológico. Por tanto, el robo o la suplantación de identidad en dicho ámbito ni se castiga por medio de ese precepto ni es un delito autónomo en nuestro CP. Eso sí, puede ser un elemento de otros delitos tipificados.

NOVENA.- La violencia de género es manifestación de la discriminación, de la desigualdad y de las relaciones de poder. Este tipo de violencia incluye tanto actos de violencia física como de violencia psicológica. Asimismo, se añaden las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones y las privaciones de la libertad. Esta violencia se caracteriza por ser ejercida por un hombre contra una mujer con la que ha medida una relación matrimonial o análoga, aun sin convivencia. Por tanto, Aida es víctima de violencia de género ya que ha sido víctima de un delito de acoso -que es una modalidad del delito de coacciones-, de un delito contra la integridad moral y un delito de amenazas, siendo el sujeto activo de dichas conductas delictivas su expareja.

DÉCIMA.- Las medidas cautelares tiene como finalidad lograr que la futura sentencia que se dicte se cumpla de forma efectiva. Estas pueden ser reales o personales, siendo de este último tipo las de aplicación al presente caso. En el ámbito penal destacamos tres medidas cautelares: prisión preventiva, libertad vigilada y medida de alejamiento. La doctrina mayoritaria defiende que de la literalidad de la norma se deriva que la libertad vigilada se impone automáticamente, a no ser que procede decretar la prisión preventiva.

UNDÉCIMA.- En el presente caso, como estamos ante un supuesto de violencia de género la medida cautelar que se debe imponer es una orden de protección. Esta medida no deja de estar integrada por otras medidas de carácter cautelar que pueden tener tanto naturaleza civil como penal. Concretamente, en el ámbito penal se debe proceder a imponer la libertad provisional -que lleva anexa la obligación de comparecencia periódica ante el juzgado- y determinadas prohibiciones derivadas de la medida de alejamiento.

DUODÉCIMA.- La LOMPIVG contempla una serie de medidas judiciales de protección y de seguridad para las víctimas de violencia de género que son compatibles con las medidas cautelares y de

aseguramiento. La más destacada desde esta esfera jurídico-penal es la orden de protección, pero también contempla otra serie de medidas de gran trascendencia. Estas otras medidas no tienen por qué imponerse por medio de la orden de protección, sino que también se pueden imponer de forma independiente.

DÉCIMA TERCERA.- El incumplimiento de las medidas cautelares por parte de la expareja de Aida constituye un delito de quebrantamiento de condena. La jurisprudencia actual considera que el quebrantamiento de la medida de alejamiento llevado a cabo con consentimiento de la víctima protegida por dicha medida cautelar implica, igualmente, la existencia del presente ilícito.

DÉCIMA CUARTA.- Tanto la LOMPIVG como la Ley 11/2007, de 27 de julio, del Parlamento Gallego para la Prevención y el Tratamiento Integral de la Violencia de Género siguen una línea similar y establecen una respuesta integral contra la violencia de género estableciendo medidas desde diferentes perspectivas. Una diferencia fundamental, es que la Ley gallega es más completa en referencia a las diferentes formas de este tipo de violencia al incluir más que la Ley estatal, destacando la violencia económica o la violencia tecnológica.

DÉCIMA QUINTA.- En este caso destacamos, dada su trascendencia, las medidas de carácter económico que pretenden dotar a las víctimas de recursos económicos suficientes con el objetivo de lograr su independencia económica y puedan alejarse de su agresor. La ayuda social de pago único contemplada en la Ley estatal sólo tiene cabida en aquellos casos en los que la víctima de violencia de género no pueda participar en un programa específico de empleo al considerarse que no se puede reincorporar al mercado laboral.

DÉCIMA SEXTA.- En el presente supuesto de hecho, concluimos que Aida tiene derecho a dos prestaciones. En primer lugar, dado que debe participar en un programa específico de empleo, tiene derecho a la RAI, aunque no es una medida contemplada específicamente para víctimas de violencia de género, pero que está contemplada para los casos en los que existen dificultades económicas y de acceso a un empleo. En segundo lugar, tiene derecho a la prestación periódica contemplada en la Ley gallega de violencia de género. Estas prestaciones son incompatibles, por tanto, Aida debe tramitar la prestación periódica ya que su cuantía es superior a la RAI.

DÉCIMA SÉPTIMA.- El convenio regulador es un negocio jurídico de familia a través del cual los cónyuges o las parejas regular las cuestiones relativas a las crisis matrimoniales. Este negocio jurídico puede ser utilizada en dos casos. En primer lugar, en los supuestos en los que se procede a una nulidad, separación o divorcio de mutuo acuerdo acompañando a la correspondiente demanda. En segundo lugar, en los supuestos de separación de mutua acuerdo a través de su formalización ante Letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante notario. Este último supuesto sólo tiene cabida en los casos en que no existan hijos menores de edad. Por tanto, en el presente supuesto solo podemos estar ante el primer supuesto de separación para que el convenio regulador sea el encargado de regular la separación.

DÉCIMA OCTAVA.- El convenio regulador tiene que ser homologado judicialmente, salvo en los supuestos de formalización ante LAJ o en escritura pública ante notario, tras la aceptación y ratificación por los cónyuges o la pareja. El convenio regulador homologado tiene eficacia procesal y se puede proceder a su ejecución a través de la sentencia firme que lo homologue.

DÉCIMA NOVENA.- La patria potestad lleva aparejada una serie de derechos y deberes tanto para los progenitores como para los hijos. Así, ante el incumplimiento de estos deberes paternos inherentes a la patria potestad, Aida puede optar por una serie de opciones. Así, en el ámbito civil puede interponer una

demanda de ejecución del convenio regulador con el objetivo de que su expareja proceda a su cumplimiento y, sin seguir este objetivo, puede interponer una demanda de privación de la patria potestad fundamentada en el incumplimiento de dichos deberes paternos. Este incumplimiento, también puede tener repercusiones desde la esfera penal; por un lado, tenemos, como norma general, el delito de abandono de familiar; y, por otro, como norma especial, el delito de impago de pensiones.

IX. BIBLIOGRAFÍA.

- BELLIDO ASPAS, M. “Capítulo Sexto. La evitación del proceso”, en AA.VV. *Sistema de Derecho Procesal Laboral*. J. F Lousada Arochena y R.P Ron Latas (coord.). Ed. Laborum. Segunda Edición. Murcia 2019.
- BELLIDO ASPAS, M. “Capítulo Undécimo. Conciliación”, en AA.VV. *Sistema de Derecho Procesal Laboral*. J. F Lousada Arochena y R.P Ron Latas (coord.). Ed. Laborum. Segunda Edición. Murcia 2019.
- BLANQUER CRIADO, D. *Esquemas de Derecho Administrativo*. Tomo XLIII. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2016.
- CAMAS RODA, F. *Manual de Derecho del Trabajo, Seguridad Social y migraciones laborales*. Ed. Aranzadi-Thomson Reuters. Cizur Menor 2019.
- DE LA ROCA CORTINA, J. M. *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*. Ed. Bosch. Barcelona 2015.
- DÍAZ MARTÍNEZ, M. “La estructura del proceso” en AA.VV. *Introducción al Derecho Procesal*. M. Díaz Martínez et al. 1ª Edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2020.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, B. *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*. Ed. Laborum, D.L. Murcia 2007.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, A. *Derecho de extranjería*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2021.
- GARCÍA PRESAS, I. *La patria potestad*. Ed. Dykinson. Madrid 2013.
- GONZÁLEZ SAQUERO, P. et al. *Código de Extranjería*. 19ª Edición. Ed. Civitas-Thomson Reuters. Cizur Menos 2016.
- GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.) *Comentarios prácticos al Código Penal*. Ed. Aranzadi-Thomson Reuters. Cizur Menor 2015.
- HERNÁNDEZ DÍAZ, L. *Los accesos ilícitos a sistemas informáticos: normativa internacional y regulación en el ordenamiento penal español*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor 2019.
- LIÉBANA ORTIZ J.R. “El nuevo proceso monitorio laboral: una visión de conjunto”. *Revista española de Derecho del Trabajo*, n.º 156, 2012.
- MALLAINA GARCÍA, C. “Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género” en AA.VV. *Estudios sobre la Ley Integral de Violencia de Género*. E. Aranda Álvarez (dir.). Ed. Dykinson. Madrid 2005.
- MARTÍN RÍOS, M. P. *Medidas cautelares personales: detención, libertad provisional y prisión preventiva*. Ed. Juruá. Lisboa 2016
- MONTROYA MELGAR, A. *El empleo ilegal de inmigrantes*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor 2007.
- PAREJO ALFONSO, L. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Ed. Tirant lo Blanch. 11ª Edición. Valencia 2021.
- PAVÓN HERRADÓN, D. “Amenazas y coacciones” en AA.VV. *Parte especial del Derecho Penal a través del sistema de casos*. C. Armendáriz León (dir.). 2ª Edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2022.
- PÉREZ GALVÁN, M. “Convenio Regulador” en AA.VV. *Crisis Matrimoniales*. E. Roca Trías (coord.) 4ª Edición. Ed. Francis Lefebvre. Madrid 2019.
- QUINTERO OLIVARES, G. (dir.). *Comentario al Código Penal. Tomo I*. Ed. Aranzadi -Thomson Reuters. Cizur Menor 2015.

- REVUELTA ALONSO, M.L. “Derechos laborales, económicos y prestaciones de la Seguridad Social de la LOMPIVG”. *Humanismo y trabajo social*, núm. 3, 2004.
- ROCA TRÍAS, E. “Procedimiento”, en AA.VV. *Crisis Matrimoniales*. E. Roca Trías (coord.) 4ª Edición. Ed. Francis Lefebvre. Madrid 2019.
- RUEDA VALDIVIA, R. “Comentario al artículo 30 de la Ley de Extranjería” en AA.VV. *Comentarios a la ley de extranjería y su nuevo reglamento*. Cavas Martínez, F. (dir). Civitas Thomson. Cizur Menor 2011.
- RUIZ SUTIL, C. “Comentario al artículo 31 de la Ley de Extranjería” en AA.VV. *Comentarios a la ley de extranjería y su nuevo reglamento*. Cavas Martínez, F. (dir). Civitas Thomson. Cizur Menor 2011.
- SAN JOSÉ ASENSIO, E. “La violencia de género en Galicia”. *Estudio penales y criminológicos*, vol. XXVIII, 2008.
- SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A. “La legislación sobre parejas de hecho tras las sentencias del Tribunal Constitucional 81/2013, de 11 de abril y 93/2013, de 23 de abril”. *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 20, 2014.
- SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA, J. Violencia de género. Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Una visión práctica. 1ª Edición. Ediciones Experiencia. Barcelona 2005.
- VELASCO NÚÑEZ, E. *Delitos tecnológicos: cuestiones penales y procesales*. Ed. Woters Kluwer. Madrid 2021.

X. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.

1. Tribunal Constitucional.

- STC 85/1989, de 10 de mayo (ECLI:ES:TC:1989:85).
- STC 37/1996, de 11 de marzo (ECLI:ES:TC:1996:37).
- STC 33/1999, de 8 de marzo (ECLI:ES:TC:1999:33).
- STC 217/2001, de 29 de octubre (ECLI:ES:TC:2001:217).
- STC 127/2006, de 24 de abril (ECLI:ES:TC:2006:127).

2. Tribunal Supremo.

- STS 1165/1996, de 31 de diciembre (ECLI:ES:TS:1996:7658).
- STS de 21 de marzo de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:2149).
- STS 325/1997, de 22 de abril de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:2817).
- STS de 12 de junio de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:8611).
- STS 7614/1998, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:1998:7614).
- STS de 14 de marzo de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:2032).
- STS 415/2000, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2000:3419).
- STS 294/2003, de 16 de abril (ECLI:ES:TS:2003:2709).
- STS de 9 de junio de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:3940).
- STS 1156/2005, de 26 de septiembre (ECLI:ES:TS:2005:5567).
- STS de 18 de marzo de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1864).
- STS 774/2012, de 25 de octubre (ECLI:ES:TS:2012:6707).
- STS 315/2014, de 06 de junio (ECLI:ES:TS:2014:2131).
- STS 4575/2015, de 9 de noviembre (ECLI:ES:TS:2015:4575).
- STS de 26 de enero de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:119).
- STS 324/2017, de 8 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1647).
- STS 702/2019, de 27 de mayo (ECLI:ES:TS:2019:1678).
- STS 650/2019, de 20 de diciembre (ECLI:ES:TS:2019:4218).

3. Tribunales Superiores de Justicia.

- STSJ de Castilla-La Mancha 672/2013, de 21 de mayo (ECLI:ES:TSJCLM:2013:1475).
- STSJ de Galicia 636/2013, de 18 de septiembre (ECLI:ES:TSJGAL:2013:7036).
- STSJ de Castilla-La Mancha 1082/2013, de 25 de septiembre (ECLI:ES:TSJCLM:2013:2642).
- STSJ de Madrid 443/2018 de 20 de julio (ECLI:ES:TSJM:2018:9353).
- STSJ de Andalucía 2578/2020 de 29 de julio (ECLI:ES:TSJAND:2020:9287).

4. Audiencias Provinciales.

- SAP de Zaragoza 86/1998, de 9 de febrero (ECLI:ES:APZ:1998:28A).
- SAP de Valencia 108/2003 de 9 de mayo (ECLI:ES:APV:2003:2893).
- SAP de Madrid 316/2009, de 19 de junio (ECLI:ES:APM:2009:19998).
- SAP de Madrid 80/2017, de 27 de marzo (ECLI:ES:APM:2017:3438).
- SAP de Pontevedra 462/2017, de 22 de diciembre (ECLI:ES:APPO:2017:2793).
- SAP de Badajoz 5/2020, de 7 de enero (ECLI:ES:APBA:2020:92).
- Auto de la AP de Guipúzcoa 165/2020, de 29 de junio (ECLI:ES:APSS:2020:971A).
- Auto de la AP de Burgos 29/2021, de 26 de enero (ECLI:ES:APBU:2021:29A).
- Auto de la AP de Madrid 1495/2021, de 27 de octubre (ECLI:ES:APM:2021:4900A).

5. JUZGADOS DE LO PENAL.

- Sentencia 328/2017 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Palencia.

6. JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

- Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 24 de Madrid de 26 de junio de 2012.