

INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA INTEGRAL DE MEDIDAS CONTRA LA VIOLENCIA EJERCIDA SOBRE LA MUJER.

INDICE

- I. ANTECEDENTES
- II. POTESTAD DE INFORME DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.
- III. ESTRUCTURA DEL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA
- IV . CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DEL ANTEPROYECTO

- 1. Antecedentes legislativos, carácter integral de la ley y judicialización del problema.
- 2. Sobre el ámbito de protección de la ley integral: exclusión de hombres, menores o ancianos.
 - a) La violencia según el texto informado
 - b) Violencia y relaciones de subordinación: la violencia doméstica
- 3. El Anteproyecto y la “discriminación positiva”
 - a) ¿Qué es la discriminación positiva?
 - b) El ámbito natural de la discriminación positiva.
 - c) Lo inapropiado de la discriminación positiva en lo penal y judicial.

V. ANÁLISIS DE LAS CONCRETAS MEDIDAS PROPUESTAS

- 1. Sobre el concepto de violencia ejercida sobre la mujer
 - a) Importancia del concepto.
 - b) Indebida introducción del elemento intencional en la definición
 - c) Efectos distorsionantes que cabe vaticinar
 - d) Definiciones que se sugieren
- 2. Sobre la reforma del Código penal
 - a) Antecedentes legislativos
 - b) Novedades del Anteproyecto
 - c) Papel de la tutela penal en la violencia contra la mujer
 - d) La tipificación como delito de las amenazas y coacciones leves sobre la mujer
 - e) La agravación del delito de lesiones
- 3. Sobre la creación de los Juzgados de Violencia sobre la mujer
- 4. Sobre las reglas de distribución de competencia
 - a) Atribución de competencias penales
 - b) Atribución por *vis atractiva* de competencias civiles al Juez de Violencia sobre la mujer
 - c) Sobre la pérdida sobrevenida de competencia objetiva: derecho al juez ordinario.
 - d) Juicios rápidos, jueces de Instrucción de guardia y jueces de Violencia

- e) La competencia territorial penal en función del domicilio de la víctima
 - f) De la competencia por conexión
 - g) Protocolos elaborados por la Comisión de Seguimiento de la Orden de Protección
 - h) Publicidad vejatoria y competencia del juez de Violencia
- 5. Sobre la legitimación procesal de la Delegación del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer
 - 6. Sobre las funciones del Ministerio Fiscal

VI. OBSERVATORIO NACIONAL DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER Y FORMACIÓN DE JUECES Y MAGISTRADOS

- 1. Observatorio Nacional de Violencia sobre la Mujer
- 2. Formación de jueces y magistrados

VII. BREVE ANÁLISIS DE OTRAS MEDIDAS PROPUESTAS

- 1. Medidas de sensibilización: la publicidad y los medios de comunicación
- 2. Sobre la asistencia social y la asistencia jurídica gratuita
 - a) Legitimación penal de los determinados servicios sociales
 - b) Asistencia jurídica gratuita
- 3. Derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social.
- 4. Derechos de las funcionarias públicas objeto de violencia

VIII. CONCLUSIONES

I.

ANTECEDENTES

Con fecha 7 de junio tuvo entrada el texto de Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, que el Excmo. Sr. Ministro de Justicia remitió el anterior día 4 a este Consejo General del Poder Judicial a los efectos previstos en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Habiéndose designado Ponente para la elaboración del correspondiente informe a la **Excma. Sra. D^a. Montserrat Comas d'Argemir I Cendra**, el mismo no resultó aprobado en reunión de la Comisión de Estudios e Informes de 15 de junio de 2004, acordándose por la Comisión la designación de nuevo Ponente, que recayó en el **Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez**, y elevar al Pleno la petición de prórroga al Gobierno de la Nación, toda vez que la emisión del

informe se había recabado por el trámite de urgencia a que se refiere el artículo 108.2, ante la imposibilidad de evacuar el informe en el breve plazo de quince días contados a partir de la recepción del texto del Anteproyecto.

En la Comisión de Estudios celebrada el día 21 de junio de 2004, se aprobó el informe elaborado por el Ponente y se acordó su remisión al Pleno para definitiva aprobación.

II

POTESTAD DE INFORME DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.

1.- La actividad informante del Consejo General del Poder Judicial se regula en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, fundamentalmente con relación a los Anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el resto del artículo 108.1 de aquella Ley, a *“normas procesales o que afecten a aspectos jurídico constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de Derechos Fundamentales y cualesquiera otras que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales” así como “las leyes Penales y normas sobre Régimen Penitenciario”.*

Sin embargo, la potestad de informe del Consejo ha sido entendida en términos amplios. Así, el Consejo General del Poder Judicial ha venido delimitando el ámbito de su potestad de informe partiendo de la distinción entre un ámbito estricto, que coincide en términos literales con el ámbito material definido en el citado artículo 108.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y un ámbito ampliado que se deriva de la posición del Consejo como órgano constitucional de gobierno del Poder Judicial. Por tanto, dentro del primer ámbito, el informe que debe emitirse habrá de referirse, de manera principal, a las

materias previstas en el precepto citado, eludiendo, con carácter general al menos, la formulación de consideraciones relativas al contenido del Proyecto en todos las cuestiones no incluidas en citado artículo 108 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En cuanto al ámbito ampliado, el Consejo General del Poder Judicial debe expresar su parecer también sobre los aspectos del Proyecto que afecten derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de eficacia inmediata que gozan por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución. En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los jueces y tribunales.

Además de lo anterior, de acuerdo con el principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones, relativas tanto a cuestiones de pura técnica legislativa, o terminológicas, con el ánimo de contribuir tanto a mejorar la corrección de los textos normativos, como a su efectiva aplicabilidad e incidencia sobre los procesos jurisdiccionales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes han de aplicar posteriormente en la práctica las normas correspondientes.

2.- EL Anteproyecto sometido a informe contiene disposiciones que afectan de modo directo a la organización y funcionamiento de Juzgados y Tribunales, a normas procesales y normas sustantivas que afectan a aspectos jurídico- constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales, y a leyes penales, por lo que nos encontramos ante el ámbito propio que la Ley Orgánica del Poder Judicial considera que debe ser objeto de informe del Órgano de gobierno de los Jueces y Tribunales.

Al margen de toda consideración sobre la oportunidad política del Anteproyecto, este Consejo debe pronunciarse acerca de la adecuación a la Constitución de la norma proyectada, sobre la incidencia que la nueva norma

tiene en la organización judicial, sin perjuicio de abordar otros aspectos de orden técnico del texto normativo proyectado.

III

ESTRUCTURA DEL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA

El Anteproyecto remitido consta de una Exposición de Motivos, un Título Preliminar, cinco Títulos, ocho Disposiciones Adicionales, dos Transitorias, una Derogatoria, y dieciséis Disposiciones Finales.

La Exposición de Motivos se divide en tres partes en las que se analiza el fenómeno de la violencia ejercida sobre la mujer y la necesidad de que los poderes públicos se impliquen en la lucha contra la misma, adoptando medidas suficientes para hacer reales y efectivos los derechos a la libertad, a la igualdad y a la no discriminación, todo ello desde un enfoque global, tal y como recomiendan los organismos internacionales. Por ello se insiste en abarcar aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, sin perjuicio de la tutela penal y judicial. En el apartado III se resume el contenido de la Ley, Título por Título y en lo que a este informe importa se opta por la agravación de los delitos específicos cometidos sobre las mujeres, se insiste en que los procedimientos deben ser ágiles y sumarios compaginando los aspectos civiles y penales y optando por la creación de los Juzgados de Violencia sobre la mujer como una fórmula de especialización dentro del orden penal.

El Título Preliminar se ocupa en sus dos artículos del objeto de la Ley y de los fines y principios que la inspiran.

El Título I regula las medidas de sensibilización tratando en sus tres Capítulos el ámbito educativo, el ámbito de la publicidad y de los medios de comunicación y el ámbito sanitario.

El Título II recoge los derechos de las mujeres víctimas de violencia de tal forma que en el Capítulo I se regula la garantía de los derechos de las víctimas, el derecho a la información, el derecho a la asistencia social integral y la asistencia jurídica. El Capítulo II regula los derechos laborales y de seguridad social, un programa específico de empleo en el marco del Plan de Empleo del Reino de España y la acreditación de las situaciones de violencia ejercida sobre las trabajadoras. El Capítulo III se ocupa de los derechos de las funcionarias públicas entre los que se incluye el derecho de traslado y a la excedencia voluntaria, derecho a la adaptación del tiempo de trabajo y acreditación de las situaciones de violencia ejercida sobre las funcionarias. Por último el Capítulo IV regula los derechos económicos en los que se incluyen ayudas sociales y prioridad para el acceso a la vivienda.

El título III se refiere a la tutela institucional y en él se prevé la creación de la Delegación del Gobierno contra la violencia sobre la mujer y el Observatorio Nacional de violencia sobre la mujer, a la vez que la creación de unidades especializadas en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la colaboración de las Policías locales, elaborando planes de colaboración entre las distintas administraciones con competencias en la materia.

El Título IV regula la tutela penal destacando la obligación del Observatorio Nacional de violencia sobre la mujer de remitir al Gobierno con periodicidad anual un informe sobre la aplicación de los arts. 148.4, 171.4 y 172.2 del Código Penal, al mismo tiempo que se introducen reformas en los artículos 171 y 172 del Código Penal y se prevé la realización de programas específicos para internos condenados por este tipo de delitos.

El Título V se ocupa de la tutela judicial dividiéndose en cinco Capítulos con el siguiente contenido: de los Juzgados de violencia sobre la mujer (organización territorial, competencia, recursos en materia penal, recursos en materia civil, formación, planta inicial de los juzgados de violencia sobre la mujer); normas procesales civiles (pérdida de competencia objetiva cuando se produzcan actos de violencia sobre la mujer); normas procesales penales (competencia territorial, competencia por conexión); medidas judiciales de

protección y de seguridad de las víctimas (disposiciones generales, orden de protección, protección de datos y limitaciones a la publicidad, medidas de salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones, medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores, del régimen de visitas, del derecho a la tenencia, porte y uso de armas, garantías para la adopción de las medidas y mantenimiento de las medidas cautelares), y del Fiscal contra la violencia sobre la mujer.

Las Disposiciones Adicionales regulan la pensión de viudedad, los protocolos de actuación, la modificación del Reglamento Penitenciario, la evaluación de la aplicación de la Ley, las referencias y habilitación normativa, la dotación del fondo para el funcionamiento de la asistencia social integral y los convenios en materia de vivienda.

Las Disposiciones Transitorias regulan la aplicación de medidas y la competencia de los órganos que actualmente conocen de los procesos civiles o penales relacionados con la violencia sobre la mujer, mientras que la Disposición Derogatoria única, deroga cuantas normas, de igual o inferior rango, se opongan a lo establecido en la Ley.

Por último, las Disposiciones Finales modifican preceptos de las distintas leyes que se verán afectadas por la Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, como son la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo, la Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación, la Ley Orgánica de Calidad de la Educación, la Ley General de Publicidad, el Estatuto de los Trabajadores, la Ley General de la Seguridad Social, la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, el Código Penal, la Ley de Planta y Demarcación Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Las cuatro últimas Disposiciones Finales se ocupan de la trasposición de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de la habilitación competencial, de la naturaleza de la Ley y de su entrada en vigor y desarrollo reglamentario.

Se acompaña una Memoria económica con la estimación del coste de las medidas que afectan a las competencias de los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales, de Educación y Ciencia, del Ministerio de Justicia y del Ministerio del Interior. En el apartado relativo a la estimación del coste de las medidas que afectan al Ministerio de Justicia, se analiza la planta de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, los costes estimados de creación de los nuevos Juzgados y de adaptación de los ya existentes, el impacto económico que supone la extensión de la Asistencia Jurídica Gratuita, de la creación de la figura del Fiscal Delegado Contra la Violencia de Género, del Servicio de Traducción al lenguaje de signos y de la creación de Unidades de Valoración Forense Integral de la Violencia.

IV

CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DEL ANTEPROYECTO

1. Antecedentes legislativos, carácter integral de la ley y judicialización del problema.

Con la Ley Orgánica proyectada continúa un proceso de reformas legales, tanto estatales como autonómicas, cuya finalidad es ir perfeccionando nuestro ordenamiento jurídico para promover la igualdad de la mujer ex artículo 9.2 de la Constitución y, en especial, procurar el mayor nivel posible de prevención, protección y castigo frente a la violencia si bien no doméstica sino de la mujer. Además, y como señala la Exposición de Motivos del texto informado, España sigue la línea trazada por diversos instrumentos internacionales –que expresamente cita- y que se han dictado «*para dar una respuesta global a la violencia ejercida sobre la mujer*».

A modo de ejemplo y en el ámbito que más interesa a este Consejo, desde que en el Boletín Oficial del Senado de 12 de mayo de 1989 se publicó el Informe de la *Comisión de Relaciones con el Defensor del Pueblo y de los Derechos Humanos encargada del estudio de la mujer maltratada* y, pocos días más tarde, se promulgase la LO 3/89, de reforma del Código Penal, puede

decirse que ha ido creciendo la conciencia de la escasez de los medios legales existentes para hacer frente a un problema social de primera magnitud.

De esta manera el esfuerzo del legislador por perfeccionar nuestro ordenamiento para garantizar la tutela judicial en el ámbito doméstico, ha sido constante. Basta citar que en el pasado año se promulgaron importantes reformas. Es el caso de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*; de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* o de la Ley 27/2003, de 31 de julio, *reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica*.

Fuera del ámbito estrictamente judicial, abordando ya aspectos asistenciales o prestacionales, se pueden citar las Leyes 53/2002, de 30 de diciembre y 62/2003, de 30 de diciembre, *de medidas fiscales, administrativas y del orden social* (en materia de fomento del empleo); la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, *de Reforma de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal*. También cabe citar la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, *reguladora del Derecho de Asociación* en cuanto a que declara de utilidad pública las asociaciones que tengan por fin la promoción de la mujer, etc.

Por otra parte y en el ámbito autonómico algunas Comunidades, dentro de su ámbito competencial, ya han adoptado iniciativas de leyes integrales sobre la materia. Es el caso, por ejemplo, de la Ley 16/2003, de 8 de abril, *de prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género*, de Canarias a las que pueden unirse la Ley 9/2003, de 2 de abril, *de la Generalitat de Valencia, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres*; la Ley 1/2003, de 3 de marzo, *de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres en Castilla y*

León; la Ley 14/2002, de 25 de julio, *de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León*, en cuanto a la protección integral a la infancia; la Ley 11/2002, de 10 de julio, *de Juventud de Castilla y León*, en cuanto a la protección integral a la juventud o la Ley 12/2001, de 2 de julio, *de la infancia y la adolescencia en Aragón*.

De este conjunto normativo especialmente relevante es la Ley 27/2003, en cuanto que ya venía a asentar un criterio de integridad en la regulación de la materia. Señalaba así su Exposición de Motivos que *«es necesaria, en suma, una actuación integral y coordinada que aúne tanto las medidas cautelares penales sobre el agresor, esto es, aquellas orientadas a impedir la realización de nuevos actos violentos, como las medidas protectoras de índole civil y social que eviten el desamparo de las víctimas de la violencia doméstica y den respuesta a su situación de especial vulnerabilidad»*. Sobre esta norma habrá que volver para ponerla en relación con el texto informado.

En definitiva, puede decirse que nuestro ordenamiento jurídico ha ido abordando todas aquellas áreas englobadas en lo que podría denominarse normativa de la vida doméstica o familiar, incidiendo en el progreso por la igualdad de la mujer, la protección de la infancia y, especialmente, en la tutela judicial frente a las agresiones criminales.

De esta manera materialmente hay un panorama normativo de protección integral –como inició la Ley 27/2003- entendido como conjunto de normas que abordan todos los aspectos que inciden en la materia objeto de regulación por el texto informado, texto que hace una regulación integral en cuanto que lleva a una sola norma el grueso de las políticas referidas a la mujer. **En este sentido la Ley integral debería tener el valor “codificador” de una normativa ya existente en las distintas ramas del ordenamiento jurídico; ahora bien, tal y como se expondrá, lejos de identificarse lo “integral” con una vocación refundidora, con el texto informado proliferarán regímenes procesales distintos sobre una misma materia, con riesgo cierto de solapamientos, interferencias y todo bajo la idea de precipitación.**

De acuerdo con ello debe valorarse, en el ámbito de nuestra potestad de informe, qué novedades aporta la nueva ley al conjunto normativa ya existente, pero como cuestión previa sí cabe advertir a propósito de la *vocación integral* de la ley que de sus 50 artículos, 22 versan sobre la tutela judicial. Al Ministerio Fiscal en realidad se le dedica sólo un precepto (fundamentalmente el artículo 50), lo mismo que a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (artículo 26). Significa esto que en muy buena medida la reacción del Estado ante la violencia no doméstica sino sobre la mujer, se hace depender de jueces y tribunales.

Tal opción implica judicializar un problema social mucho más diverso que lo que pueda ventilarse ante y por los jueces. Habría que advertir que la intervención judicial es siempre la última, que el juez interviene cuando ya hay un conflicto –en no pocos casos gestado a lo largo de años- de ahí que sea un error pensar que la solución principal está en el juez, especialmente en el ámbito penal.

Frente a esta idea debe insistirse que el cometido del juez no es solucionar problemas sociales sino, ejerciendo el poder jurisdiccional del Estado, proteger a víctima y juzgar en Derecho a quien, presumiéndose su inocencia, es acusado por quien ejercita la acción penal de un delito o falta. El juez condena o absuelve en función de lo alegado y probado por quien ejercita esa acción, de ahí la mayor relevancia que debería darse al Ministerio Fiscal y Fuerzas de seguridad.

Esta observación es importante pues se echa en falta una indagación más audaz y profunda de *por qué* tenemos esta violencia, lo que permitiría actuar sobre las causas, si es que son aislables y sanables, dejando la reacción penal o judicial para su ámbito propio.

2. Sobre el ámbito de protección de la ley integral: exclusión de hombres, menores o ancianos.

a) La violencia según el texto informado

Conceptualmente la violencia se presenta como un estadio más avanzado de la agresividad. No hay violencia, en sentido técnico, por una agresión aislada, esporádica, sino que esa agresión debe producirse en un contexto de sometimiento de la víctima. El agresor –sujeto dominante- se mueve en un contexto en el cual la víctima se encuentra subordinada. Ello se produce paulatinamente en un contexto de continua agresión y correlativo deterioro de la personalidad de la víctima. Por ello, en última instancia todo se reconduce a una violencia moral. En este contexto puede hablarse de relaciones de dominación.

Tradicionalmente la relación sujeto dominante-subordinado es contemplada por el Derecho Penal en varias ocasiones, pues la realización del comportamiento ilícito abusando de la superioridad expresa una mayor reprochabilidad de la conducta. Pero esa relación de dominación no es equivalente al binomio hombre/mujer. **Por esto la norma puede reaccionar frente a situaciones de dominación, pero debe ser neutra en cuanto al sexo del sujeto dominante.**

La legislación vigente había superado la concepción de la violencia exclusivamente como violencia llamada “de género”, sobre la base de que la realidad criminológica ponía de manifiesto varios tipos de violencia doméstica. Conviene distinguir a grandes rasgos claramente tres tipos de violencia doméstica en función del sujeto que la padece:

- La violencia “de género”
- La violencia sobre ancianos
- La violencia sobre menores
- Y cabe añadir marginalmente la violencia de menores contra ascendientes y la violencia entre hermanos.

Aunque la violencia sobre la mujer ocupa el más alto porcentaje de la estadística judicial (91,1% de los casos), también están presentes los de violencia contra hombres (8'9% de los casos), ascendientes y contra menores. Lo exiguo del número de casos de maltrato infantil ante los órganos judiciales ponen de manifiesto que este tipo de violencia quedaba al margen de la tutela judicial en un buen número de casos, toda vez que los datos sobre protección de

menores de algunas CCAA ponen de manifiesto otra realidad. Incluso se ha considerado que siendo la violencia de género, la que frecuentemente tiene lugar sobre la mujer, la que estadísticamente se presenta en mayor medida, sin embargo no es la violencia más grave.

b) Violencia y relaciones de subordinación: la violencia doméstica

Definida la violencia como relación de subordinación, ésta es mayor cuando se trata de personas desvalidas o de niños, pues el adulto, la mujer agredida, suele conservar una capacidad de reacción, aunque esté mermada como consecuencia de aquella clara superioridad. **En consecuencia, la violencia contra ancianos y niños es más grave si cabe, precisamente por la nula capacidad de defensa y de denuncia del hecho que se les presupone.**

La circunstancia de que personas que no son mujeres constituyan una minoría en términos porcentuales, no debería impedir que una ley integral de medidas contra la violencia en ámbitos de subordinación extienda su ámbito de protección también a esas personas. Si el Derecho debe proteger a las minorías cuando las exigencias de tutela surgen de un mismo fundamento, la Ley debería ser integral también en lo subjetivo en situaciones objetivas idénticas.

Por lo tanto, no se obtiene mayor protección de la mujer por la circunstancia de que la ley la proteja tan sólo a ella excluyendo de su ámbito a menores o ancianos, incluso a los hombres.

Es cierto que esos otros grupos tienen ya protección jurídica adecuada, pero las medidas más beneficiosas e intensas que incorpore eventualmente la ley deberían extenderse también a esos otros colectivos. La razón en sencilla: sólo en el caso de que las mayores medidas de protección que ofrece la nueva ley fuesen bienes escasos que no pudiesen alcanzar a todos, es cuando se justificaría una restricción del ámbito subjetivo de la ley. De no ser así –como en efecto no lo es- es por lo que entiende este Consejo que el ámbito de protección

de la ley debe alcanzar a todos aquellos que se encuentren en la misma situación de dependencia, subordinación o inferioridad.

En definitiva, la Ley toma como punto de partida un concepto de violencia que a menudo se confunde con el de la mera agresión, y además atribuye sólo la condición de sujeto dominante al varón, y de dominado a la mujer, dejando al margen otras posibles situaciones que demandan análoga atención por la ley. Y siendo cierto que corresponde al legislador determinar el alcance de la ley, este Consejo debe advertir que **no se encuentra una explicación razonable, al margen del dato puramente estadístico, para orientar la tutela penal y judicial, amén de otras medidas educativas y sociales, exclusivamente a la mujer en razón de su sexo**, sin que tampoco se justifiquen determinadas medidas de acuerdo con la teoría de la discriminación positiva, como tratamos a continuación.

3. El Anteproyecto y la “discriminación positiva”

a) ¿Qué es la discriminación positiva?

La Exposición de Motivos del texto informado señala, parafraseando el artículo 9. 2 de la Constitución, que los poderes públicos *«tienen la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos (libertad, igualdad, no discriminación), removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud»*. Se opta por la expresión “acción” positiva más que por la de “discriminación” positiva, expresión ésta no empleada en la jurisprudencia europea ni constitucional, pero que quizás sea necesario precisar para calibrar sus contornos y, de ahí, el alcance del texto informado.

Con frecuencia se habla de discriminación positiva para aludir a las políticas dirigidas a mejorar la calidad de vida de grupos desfavorecidos, proporcionándoles la oportunidad de conseguir el mismo nivel en cuanto al goce de oportunidades y de ejercicio de derechos que aquellos más favorecidos. A través de medidas de tal naturaleza los poderes públicos procuran elevar -para igualar- la situación de aquellos que están en situaciones de desventaja; se

adoptan así iniciativas para eliminar el racismo, el sexismo y la discriminación contra las personas mayores o discapacitados.

En el orden constitucional los derechos fundamentales son iguales para todos los ciudadanos, sin embargo, la garantía institucional de la igualdad en su disfrute es a menudo insuficiente de ahí que, al menos durante un tiempo, se necesiten políticas encaminadas a remediar situaciones de desigualdad. Este fue un paso que se dio por primera vez en los Estados Unidos (la *affirmative action*) mediante las técnicas así llamadas de discriminación positiva y que consistía en reglas que reservaban un cierto porcentaje de cargos o empleos públicos para grupos que hasta entonces habían estado en desventaja. La idea básica es que si con estas medidas se consigue que el grupo desfavorecido comience a ser respetado, se podrán ir retirando de forma paulatina y se establecerá una igualdad de oportunidades o, en el caso ideal, una igualdad de resultados. En definitiva, la discriminación positiva fue y es un paso valeroso en la lucha por la igualdad en el disfrute de los derechos ciudadanos, pero la discriminación positiva no debe convertirse en un principio duradero.

Como se ha dicho, es frecuente hablar indistintamente de acción o de discriminación positiva, optando el texto informado por la primera. En esta línea podría introducirse algún matiz pues dentro de la teoría de la igualdad de oportunidades, *las acciones positivas* son una exigencia del derecho de igualdad de trato y se caracterizarían, en lo que ahora interesa, por ser ventajas concedidas a las mujeres que no deben implicar perjuicios paralelos para los hombres, ni constituyen excepción de la igualdad, sino, precisamente, su expresión. Es el caso, por ejemplo, de medidas para favorecer el equilibrio entre las responsabilidades familiares y profesionales, organizando el trabajo a medida de la mujer

Por contra la *discriminación positiva* sí excepcionaría la igualdad de trato y por tanto podría ser ilegítima si tiene como contrapartida ineludible el perjuicio hacia quienes pertenecen a otro grupo, en este caso los hombres. Se trata de medidas excepcionales que deben aplicarse con criterio restrictivo, con precaución y siempre de forma transitoria; además, debe acudir a ellas cuando no exista ninguna otra posibilidad de equiparar las situaciones preexistentes de desigualdad perfectamente acreditadas.

Pero esta figura de la acción positiva tiene aún en su elaboración un ámbito objetivo difuso. Es admitida sin duda en la promoción de la igualdad en el empleo así, por ejemplo, la Directiva 76/207/CEE ha admitido en el apartado 4 del artículo 2 la posibilidad de medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para *corregir las desigualdades de hecho*. También se plantea modernamente el sistema de cuotas en materia electoral o de representación política (así, por ejemplo, la ley electoral belga de 24 de mayo de 1994 o la Ley 276/93, relativa a la elección del Senado de la República italiana o la Ley italiana 277/93 relativa a la elección de la Cámara de los Disputados).

Pero, como ha puesto de manifiesto el TJCE en sentencia de 17 de octubre de 1995 – caso *Kalanke*- no caben medidas que vayan más allá del fomento de la igualdad de trato, en particular, medidas que suponen un perjuicio para alguien por la sola pertenencia al grupo de los varones, por lo que se niega validez a un sistema que asigne automáticamente prioridad a las mujeres. Por ello, la acción positiva debe entenderse en un contexto de prudencia y teniendo en cuenta, en todo caso, que, como ha puesto de manifiesto la doctrina (cfr. L. M. Díez-Picazo), **tiene siempre la finalidad de resolver problemas de igualdad de oportunidades como método de asignar de manera igualitaria bienes escasos**. El artículo 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha dispuesto que el principio de igualdad no impide la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado. Pero siempre sobre la base de la inadmisibilidad del puro automatismo y de la necesaria limitación temporal de la medida.

En este sentido la figura de la discriminación positiva aplicada al estatuto de la mujer, tiene su lugar natural como instrumento para fomentar la igualdad hombre-mujer. Su función consiste en que, debido a circunstancias, rémoras o atavismos sociales, etc. la mujer está en una situación de inferioridad respecto del hombre. A la vista de tal situación el Estado opta por fomentar esa igualdad -en especial para mujeres en situación de mayor debilidad- creando condiciones que permitan que socialmente se avance con mayor rapidez que lo haría la

propia sociedad dejada a su libre evolución. Desde este punto de vista **la discriminación positiva se plasma en tratos de favor consistentes en medidas de tipo laboral o funcionarial, de compatibilización de la vida familiar y profesional, de acceso a ciertos bienes (vivienda, información, sanidad etc.) o de especial protección (vgr. publicidad vejatoria).**

Y es en este contexto en el que han tenido lugar los pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional sobre la acción positiva. Por lo pronto nuestra jurisprudencia constitucional (vgr. STC128/1987) no emplea la expresión “discriminación positiva, si bien admite *«la actuación de los poderes públicos para remediar, así, la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características por el sexo (y, cabe afirmar, en la mayoría de las veces, por la condición femenina) y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aún cuando establezca para ellos un trato más favorable, pues se trata de dar un tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas»*.

En esta misma línea señala que *«la consecución del objetivo igualatorio entre hombre y mujeres permite el establecimiento de un derecho "desigual desigualatorio", es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre la mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer»*. (Sentencia 229/92). La STC 109/93 justifica la necesidad de compensar una situación de desventaja de la mujer, con la finalidad de asegurar una igualdad real de oportunidades.

En esencia, los presupuestos de la acción positiva son:

- 1º Una situación de desequilibrio real del grupo de las mujeres
- 2º La necesidad de medidas para remover los obstáculos que impidan la igualdad de oportunidad entre hombres y mujeres

- 3º Que esos obstáculos puedan efectivamente ser removidos con medidas de apoyo al colectivo desfavorecido con el objetivo de asegurar la igualdad real de oportunidades
- 4º Que el trato especial más favorable sea necesario como consecuencia de la escasez de los bienes a los que deben acceder las mujeres.

b) El ámbito natural de la discriminación positiva.

Así concebida, la llamada acción positiva se fundamenta en el artículo 9.2 de la Constitución trata de remediar situaciones reales de desigualdad para reestablecer la igualdad a la que se tiene derecho según el artículo 14 . **Pero de su propio fundamento resulta claro que el límite de la acción positiva es la restauración del equilibrio, y no puede conducir a un desequilibrio inverso por exceso.** Es decir, con las medidas de discriminación positiva se trata de remover los obstáculos para lograr que la igualdad sea efectiva, corrigiendo desequilibrios patológicos que genera la sociedad, de ahí que el ámbito social, educativo, prestacional o asistencial, laboral o funcional, en donde se han aplicado políticas de tal naturaleza.

De lo dicho se deduce que las medidas de acción positiva resultan improcedentes cuando en el ámbito de que se trate no exista esa situación de desequilibrio previo y, además, no haya escasez en los bienes a los que accede la mujer. Y de acuerdo con ello debe reflexionarse acerca de si esta discriminación positiva resulta procedente con relación a la tutela penal y tutela judicial de derechos fundamentales de la mujer.

Pues bien, **puede afirmarse que aquella técnica de fomento plasmada en medidas de discriminación positiva no es aplicable al ámbito penal ni al orgánico judicial, máxime cuando se establece con carácter de automatismo y sin limitación temporal alguna.** Además, no concurren en este ámbito las situaciones de desequilibrio que fundamentan la medida.

Como **la acción positiva no puede plantearse a través de medidas de naturaleza punitiva, el ámbito de lo judicial es en principio ajeno a otros ámbitos propios de iniciativas inspiradas en esa acción positiva, de ahí que**

sea distorsionante una norma que pese a titularse “integral”, es en buena medida judicial y, sin embargo, se basa en la acción o discriminación positiva.

c) Lo inapropiado de la discriminación positiva en lo penal y judicial.

En efecto, **cuando se trata de la tutela penal y procesal, en la medida en que se tutelan derechos fundamentales, no cabe apreciar como punto de partida esa desigualdad.** Ni en lo que se refiere a la protección penal, ni en cuanto a la tutela judicial efectiva. Como se dijo más arriba, **no estamos ante una situación de “bienes escasos”,** limitados, de forma que sólo un grupo favorecido puede acceder a ellos.

Esto es así por cuanto, por ejemplo, en la tutela del derecho al honor (atacado por la injuria) o la libertad (atacado por la amenaza o la coacción), el hombre y la mujer parten de la misma situación de tutela por el derecho, no hay una desventaja inicial, luego no se explica un tipo penal diferente que otorgue una superprotección de la libertad de la mujer, a costa, precisamente, de una mayor restricción de la libertad del varón, como la que deriva del endurecimiento de la pena prevista en el tipo penal.

Y cuando esa acción o más bien ya discriminación positiva se traslada a la creación de órganos judiciales que tutelan sólo los bienes de la mujer, más grave es el desajuste por las siguientes razones:

1ª La tutela judicial no es, en cuanto tal, un bien escaso que no permita, por una supuesta limitada disponibilidad, su reparto y atribución a todos cuanto lo precisen; es decir, la tutela judicial es un bien que no exige se excluya de su ámbito a ningún grupo humano (varones en este caso) para dar debida satisfacción a otro grupo más desfavorecido (mujeres en este caso). Por decirlo sintéticamente: existe posibilidad de tutela judicial para todos sin excluir ni postergar, es decir, sin eliminar ni discriminar a nadie. Distinto sería el supuesto de que una limitación legal impusiera un número máximo de asuntos a resolver por los nuevos órganos judiciales, a crear para conocer de la violencia doméstica, y esa limitación exigiera entonces dar prioridad a las mujeres frente a

los varones (reparto de un bien escaso, con preferencia del más desfavorecido). Pero no sucede tal cosa, ni podría suceder en el proyecto que se informa.

2ª Tampoco cabe decir que el bien escaso sería la celeridad o prontitud en la dispensa de una tutela judicial que debe darse sin dilaciones indebidas; en efecto, es obvio que una inclusión de todos los ciudadanos sin distinción de sexo en el ámbito competencial de los nuevos órganos judiciales no representa en absoluto un riesgo de dilaciones procesales indebidas para las mujeres ni exige la exclusión de los varones para así asegurar la debida prestación a aquellas. Esto es algo impensable por lo mismo que el número de órganos a crear será el lógicamente suficiente para todos, y el porcentaje de población masculina víctima de violencia doméstica, resulta muy inferior comparado con el de las mujeres. **No se entiende por ello qué es lo que gana la tutela judicial a favor de las mujeres por el hecho de excluirse los varones de la competencia de los nuevos órganos judiciales.**

3ª. No cabe decir que los argumentos anteriores son incorrectos alegando que la exclusión del varón no le discrimina en el tutela judicial al serle posible obtenerla siempre ante los órganos judiciales comunes o generales. Debe tenerse en cuenta que la discriminación no está en obtener o no tutela judicial, sino excluir a los varones del nuevo mecanismo judicial y de una manera concreta especialmente eficaz de obtener esa tutela. Estos órganos se crean para mejorar y para satisfacer necesidades que antes o nos e cubrían o se cubrían peor. De manera que los nuevos órganos o no aportan ventaja alguna en esa tutela con relación a los órganos actuales -en cuyo caso su creación es inútil-, o si la aportan, igual derecho debe reconocerse al varón, pues la discriminación positiva no podría explicar un plus de tutela judicial a la mujer sobre el varón, ni un modo mejor de aplicar esa tutela judicial.

Como más abajo se expondrá, el traslado a lo judicial de lo que en la ley se tiene como acción positiva se salda con unas consecuencias ilógicas, irrazonables, tanto en lo organizativo como en lo procesal, lo que aconseja un serio replanteamiento de esta opción que hace el Anteproyecto.

De lo anterior se deduce que en el Anteproyecto la llamada acción positiva no es siquiera un caso de discriminación positiva, sino más bien una discriminación negativa. Consiste en endurecer el régimen punitivo de determinados comportamientos que, siendo objetivamente los mismos, se sancionan más gravemente por razón de ser el sujeto activo varón -esto es, por razones relativas al autor- y no por la mayor gravedad del injusto, lo que nos lleva a criterios penales que habría que entender felizmente desterrados. Abordaremos con más detalle esta cuestión más abajo.

V

ANÁLISIS DE LAS CONCRETAS MEDIDAS PROPUESTAS

1. Sobre el concepto de violencia ejercida sobre la mujer

a) Importancia del concepto.

El ámbito de protección de la ley no puede entenderse sin el artículo 1.2. Tal precepto es la piedra angular de la norma informada pues de él pende la aplicación de toda la ley.

El citado precepto define qué es *violencia ejercida sobre la mujer* y decimos que de tal apartado pende toda la ley por las siguientes razones:

- 1ª Ante todo, porque si el objeto primero de la ley es prevenir esa violencia, esa tarea preventiva se concreta:
 - En campañas de información y medidas de sensibilización (artículo 3);
 - en que el sistema educativo se orientará para inculcar la resolución pacífica de conflictos (artículo 4);
 - en que el bien igualdad hombre-mujer se fomentará en el sistema educativo (artículo 5);
 - en que en los órganos de representación educativa tendrá presencia el Instituto de la Mujer (artículo 6);

- en que se velará por la dignidad de la mujer en el ámbito publicitario y
- en que en el ámbito sanitario se procurará la detección precoz de la violencia sobre la mujer.

2ª Además porque el conjunto de derechos que reconoce el Título II lo son para las mujeres víctimas de violencia, lo que se comprueba en todos y cada uno de los artículos de este Título, que prevén como presupuesto de hecho de la norma que el goce de esos derechos lo es para la mujer víctima de violencia.

3ª Por último, es medular dicho concepto en lo estrictamente judicial, pues de él dependen todas las especialidades procesales y competenciales así como la aplicación de los tipos penales que se reforman.

Insistiendo en esta idea hay que decir que la declaración de tal condición -“mujer víctima de la violencia”- es el título (aunque sea con carácter provisional) que hace a la mujer acreedora de la aplicación de este nuevo bloque normativo y como tal esa declaración no viene dada por una resolución administrativa o por la aplicación directa de la ley mediante la constatación más o menos reglada de la concurrencia de unos requisitos objetiva y normativamente previstos sino que, por el contrario, todo depende de una declaración judicial.

b) Indebida introducción del elemento intencional en la definición

Definida así la violencia sobre la mujer lo más relevante es que no es una definición introducida en la Exposición de Motivos, ni en la parte articulada del texto como pórtico descriptivo de su ámbito, sino que aparte de ser la llave de paso de la aplicación de toda la ley **se basa no en la apreciación de datos objetivos y externos sino en la intencionalidad del agresor**. Sólo en el segundo inciso de ese artículo se incluye una previsión descriptiva al relacionar qué puede plasmarse esa violencia (agresiones sexuales, amenazas, coacciones, etc), pero lo básico, lo nuclear es que hay violencia cuando se emplea *«como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres»*

Pues bien, de la constatación de esa intencionalidad, de clara connotación penal –pues en su parte descriptiva se remite a figuras penales– pende todo: el disfrute del conjunto de derechos a los que puede acceder la mujer víctima de violencia, las medidas institucionales previstas en la norma y lo que es más grave, la tutela penal y, peor aun, la organización judicial aparte de las medidas procesales y tal declaración, como se ha dicho, pende a su vez de un pronunciamiento judicial pues sólo un juez de Violencia en sentencia penal o bien al avocar para sí la competencia de asuntos civiles o bien, indiciariamente, al adoptar alguna medida cautelar.

La comprobación de esa intencionalidad planteará problemas en el caso concreto. **Pero, si en realidad lo que se hace es presumir que toda agresión contra una mujer viene presidida por esa presunción normativa de que se agrede con esos fines o por razón de esos objetivos, entonces en lo penal -como luego se dirá- se está recreando un Derecho penal de autor y en lo orgánico judicial se está volviendo al sistema de jurisdicciones especiales, superado a finales del siglo XIX, propio de Antiguo Régimen pues se está creando una jurisdicción especial, privativa de las mujeres, basada en el sexo de la víctima y en la intención del agresor, cuestiones éstas que abordaremos más abajo.**

En suma, se trata de una definición basada en la intención del autor y, por razón de las consecuencias que tiene (interpretación de tipos, delimitación competencias y sus consecuencias procesales), debe ser abandonada en cuanto a su contenido y efectos.

c) Efectos distorsionantes que cabe vaticinar

Todo el Anteproyecto depende del artículo 1, en especial de su párrafo 2. A partir de dicha constatación, basta imaginarse algunos de los efectos que puede conllevar en la organización judicial y en lo procesal para advertir que pueden ser realmente absurdos. Por ejemplo, todas las medidas judiciales de protección y de seguridad del Capítulo IV del Título V lo son para esas concretas mujeres insertas en el artículo 1.2, con lo cual si la mujer es agredida con otra

finalidad (venganza, celos, odios, arrebatos, etc) no se aplicará la futura ley ni sus especialidades.

A su vez algunos de los delitos de los que conocerán los jueces de Violencia o algunas de las medidas de protección tienen sentido para su tramitación ante el juez de Guardia y por vía de juicios rápidos, con lo que en el ámbito de agresiones contra la mujer se puede llegar al siguiente panorama:

- Agresiones de violencia doméstica y, por tanto, también contra mujeres de las que conocen -por no ser del artículo 1- los jueces de instrucción o de Primera Instancia e Instrucción y a las que le son aplicables el régimen de la Ley 27/2003;
- Agresiones del artículo 1 constitutivas del concepto jurídico de violencia sobre la mujer cuyo conocimiento corresponderá a los jueces de Violencia y
- Agresiones igualmente constitutivas de violencia sobre la mujer de las que no conocen los jueces de Violencia, sino los de Primera Instancia e Instrucción o Instrucción compatibilizados para asumir estas competencias y que aplicarán además el régimen de la Ley 27/2003 para el primero de los supuestos reseñados.

A lo expuesto cabe añadir -y seguimos moviéndonos en clave de ejemplo- que esas medidas de protección del Capítulo II del Título V como son para las mujeres víctimas de violencia sólo se aplicarán para esos concretos casos, con lo cual aquellas otras víctimas de una situación de violencia objetiva pero no causada con la intencionalidad del artículo 1. 2 no pueden gozar de esas medidas. El absurdo aumenta, por ejemplo, si estamos ante jueces no especializados sino jueces que compatibilizan otras causas con las de violencia por estarse en los supuestos del artículo 87 bis 3 y 4: en su mismo juzgado se tramitarán casos de violencia doméstica cuyas víctimas –sena mujeres o no- no podrán beneficiarse de esas medidas por no tratarse de casos del artículo 1.

En definitiva, a la vista de que en lo judicial parece primarse la idea de crear unos órganos especializados y sobre esta idea se hacen pivotar

todas las demás novedades, se sugiere que esta novedad se medite más, se lleve a un grupo de trabajo en el que procesalistas, jueces y magistrados, fiscales y demás profesionales avezados en estas causas hagan un diseño orgánico y procesal más viable. Esta idea es más aconsejable desde el momento en que ya existe el régimen creado a raíz de la Ley 27/2003, reguladora de la orden de protección, en cuyo marco se ha creado una Comisión de Seguimiento de cuyos trabajos se deducen los problemas de implantación eficaz de esa orden. Si esto es así ahora, cabe presagiar más complicaciones cuando al régimen de la Ley 27/2003 se añada en ahora informado.

d) Definiciones que se sugieren

Pues bien, atendiendo a lo expuesto el Consejo General del Poder Judicial sugiere que si se va a introducir una definición de violencia, debe abarcar todo el fenómeno de violencia doméstica por lo ya expuesto en lo que al ámbito penal judicial se refiere, definición que sea, repetimos y en todo caso, una definición sin connotaciones de intencionalidad.

Además, y en todo caso, se sugiere que se reconsidere en Anteproyecto en este punto capital y que esa reconsideración se haga en cuatro aspectos:

- Respecto de la necesidad en sí de introducir una definición en la ley,
- Que se refiera sólo a las mujeres y no al ámbito doméstico en su conjunto,
- Respecto de los efectos que vaya a atener en la aplicación de la norma y
- Acerca de la inoportunidad de que contenga elementos intencionales.

De no aceptarse esas sugerencias ni, en especial, ampliación del ámbito de la ley a la idea de violencia doméstica en lo penal y judicial, y se sigue manteniéndolo en el ámbito de la violencia sobre la mujer, existen al menos otras definiciones normativas que son descriptivas, ajenas a elementos

subjetivos o intencionales y, por tanto, más acertadas. Es el caso, por ejemplo, del artículo 2 de la Ley 16/2003, de 8 de abril, *de prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género*, de Canarias según el cual

«A los efectos de la presente Ley, se entiende por violencia contra las mujeres todo tipo de actuación basado en la pertenencia a dicho sexo de la víctima, y con independencia de la edad de ésta, que, a través de medios físicos o psicológicos, incluyendo las amenazas, intimidaciones o coacciones, tenga como resultado posible o real un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, y se realice al amparo de una situación de debilidad o de dependencia física, psicológica, familiar, laboral o económica de la víctima frente al agresor»

Otra definición aceptable es la del artículo 1 de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, adoptado por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 48/104, de 20 de diciembre de 1993 según el cual

«A los efectos de la presente Declaración, por Violencia contra la mujer se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida política (sic) como en la vida privada».

Como más abajo se expondrá, las consecuencias de la aplicación de las previsiones del texto informado, tal y como viene redactado, se saldrá con unas consecuencias realmente distorsionantes, lo que se advierte no por un prurito dogmático, sino por el deseo de evitar -ahora que es el momento- unas consecuencias reales no hipotéticas.

2. Sobre la reforma del Código penal

a) Antecedentes legislativos

La valoración del presente Anteproyecto en este punto debe partir de un examen de la situación legal vigente con la finalidad de determinar qué aporta en el plano sustantivo penal.

El derecho civil aborda el fenómeno del maltrato como quebranto de deberes ineludibles de familia que, por ello, produce consecuencias de Derecho familia. Así, con relación a los hijos, el artículo 166 del Código Civil (privación de patria potestad) y los artículos 856 y 756 (desheredación); con relación al cónyuge (separación y divorcio), y artículo 855 (desheredación).

La política criminal frente a este problema social ha consistido en ir progresivamente ampliando el contenido del tipo penal y las medidas de protección de la víctima. En efecto, a partir de la formulación inicial del delito de violencia intrafamiliar, que se introduce por vez primera en nuestro Código por la LO 3/1989, de 21 de junio, en el artículo 425 Código Penal, con la finalidad de dar protección a los miembros más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo, se han acometido varias reformas penales dirigidas a aumentar la protección de la víctima de estos delitos, que hasta ahora no se ha identificado sólo con la mujer.

La primera de las reformas importantes tuvo lugar por la LO 14/1999, de 9 de junio, que tuvo la finalidad principal de ampliar la protección de la víctima. Se amplió la protección a supuestos en que había desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia *more uxorio* al tiempo de producirse la agresión; se introdujo como modalidad de comportamiento típico, junto a la violencia física, la violencia psíquica y se definió legalmente la habitualidad a los efectos de este delito.

Después de esa importante reforma la violencia doméstica ha sido objeto de atención legislativa en los últimos años, incluso meses, y se han arbitrado repuestas legales, de carácter punitivo, otras de carácter procesal, con la finalidad de combatir de la manera más eficaz este problema social. Al respecto han sido de especial trascendencia, la ya citada Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana*,

violencia doméstica e integración social de los extranjeros, en el plano sustantivo, completada con la reforma penal por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de octubre, y la Ley Orgánica , reguladora de la prisión provisional . Por último, la Ley 27/2003, de 31 de julio, *reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica*.

El Anteproyecto que culminó en La Ley Orgánica 11/2003 fue valorado positivamente por este Consejo General del Poder Judicial en cuanto tipificó el delito de violencia doméstica habitual como delito contra la integridad moral, de forma coherente con el bien jurídico tutelado por este delito, toda vez que el ejercicio habitual de estos hechos entronca más claramente con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, como ha venido destacando la jurisprudencia (cfr. STS de 20 de diciembre de 1996 y de 24 de junio de 2000).

Además se entendió que solucionaba un problema concursal entre los actuales artículos 153 y 173 de Código Penal, ubicaba sistemáticamente de forma adecuada el delito de que se trata en atención a su contenido de injusto y expresaba de forma más correcta que no se trata sólo de un atentado a la integridad o salud física o psíquica como bien jurídico del delito de lesiones. También se valoró positivamente la ampliación del círculo de sujetos pasivos de este delito que lo extendía a otros ámbitos privados de dependencia o subordinación, además del estrictamente familiar.

Con la reforma operada por LO 11/2003, se suprime la falta del artículo 617.2,2º y toda violencia física ejercida sobre los sujetos pasivos enumerados en el artículo 173.2, aunque se trate de un hecho aislado y que no llegue a causar lesión, en cuanto que pasa a ser delictiva por el carácter pluriofensivo del hecho, tipificándose a partir de la reforma en el artículo 153 del Código Penal. En este precepto se introduce un subtipo agravado para cuando los hechos se realicen en presencia de menores, utilizando armas, en el domicilio común, en el domicilio de la víctima, o bien mediando el quebrantamiento de alguna de las penas previstas en el artículo 48 o de alguna medida de seguridad.

Estas medidas sustantivas se acompañaron de medidas procesales. La reforma de la prisión provisional estuvo animada en buena parte para dar

solución al problema de la violencia doméstica. Y la reciente Ley 27/2003, de 31 de julio, regula el orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica. El Registro estatal para la protección de las víctimas que prevé dicha Ley se ha creado por RD. 355/2004, de 5 de marzo.

En fin, el anteproyecto de Ley integral nace en un contexto en el que la protección de la víctima de la violencia doméstica lleva constituyendo un objetivo principal de la política criminal, luego no nace en un escenario de escasez de medidas, sino de una pluralidad de iniciativas legislativas ya en vigor –en especial la Ley 27/2003-, pero que por su corto espacio de vigencia no permite aún valorar su eficacia real para combatir el fenómeno social a que nos referimos.

b) Novedades del Anteproyecto

El texto informado contiene las siguientes medidas penales:

- 1ª Se introduce un **nuevo supuesto de agravación en el artículo 148 del Código Penal** cuando el delito de lesiones la víctima *«fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia»*.
- 2ª **Se eleva a la categoría de delito las amenazas y las coacciones leves** cuando el sujeto pasivo fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, por lo que sólo pueden ser cometidos por el varón.
- 3ª **Se sanciona en todo caso con pena privativa de libertad el quebrantamiento de la pena del artículo 48 del Código Penal** -alejamiento en sentido amplio- o una medida cautelar, cuando el ofendido sea una de las personas a que se refiere el artículo 173.2 del Código.

Como reza la Exposición de Motivos, *«para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquéllas que sufren este tipo de*

agresiones, la Ley Integral quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándolas en tipos penales específicos». En suma, el Anteproyecto, con relación al régimen legal actual supone, en el orden penal, una **agravación de la responsabilidad penal del varón cuando el hecho tenga como sujeto pasivo la mujer**, bien mediante la introducción de un tipo agravado –respecto del básico de las lesiones-, o la conversión en delito de las faltas de amenazas y coacciones leves.

Estas medidas penales deben analizarse desde los principios que informan el Derecho penal, reconocidos en la Constitución.

c) Papel de la tutela penal en la violencia contra la mujer

Sin desconocer que corresponde al Tribunal Constitucional la misión de pronunciarse acerca de la adecuación a la Constitución de una norma nueva, corresponde al Consejo General del Poder Judicial, como ya se ha expuesto, informar sobre la adecuación a la Constitución de las medidas legislativas que inciden en derechos fundamentales que han de tutelarse ordinariamente ante Jueces y Tribunales [artículo 108,1 e) Ley Orgánica del Poder Judicial].

Con carácter previo, y en la línea ya expuesta de marcada “judicialización” de las soluciones, debe tenerse en cuenta que hoy es reconocido que los mejores resultados en el control de la criminalidad no se obtienen incrementando el rigor de la respuesta al delito (penas más severas), ni mejorando el rendimiento y efectividad del sistema legal, sino a través de un acción positiva en el orden social, atacando las raíces del problema. Lo propio del Derecho penal es asumir una función de prevención secundaria, esto es, sólo interviene tardíamente ante las *manifestaciones* del problema, razón por la cual conviene insistir una vez más en la advertencia de que la opción del texto informado se basa fundamentalmente en la judicialización del problema de la violencia contra la mujer. En ese sentido la recomendación (R) 14 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 26 de marzo de 1985, sobre Violencia Familiar aconseja tratamientos alternativos a las medidas puramente penales.

Considerando que ya se han adoptado medidas legales que han supuesto en general una reforma del sistema penal en el tratamiento de la violencia doméstica, debe valorarse si las medidas de agravación penal que se proponen colman una necesidad de mayor rigor penal en aras a garantizar una mayor protección a la mujer. Aunque no es el caso de realizar consideraciones científicas sobre los límites de la intervención punitiva del Estado, debe tenerse en cuenta que los estudios actuales han puesto de manifiesto **cómo en determinados ámbitos existe la tentación de obtener mayores dosis de seguridad por medio de la herramienta del Derecho penal, pero que en ocasiones éste –concebido como un Derecho Penal de máximo- no puede proporcionar la respuesta buscada en él de manera desesperada.**

d) La tipificación como delito de las amenazas y coacciones leves sobre la mujer

Los artículos 29 y 30 del Anteproyecto, como medidas de protección contra las amenazas y las coacciones, añaden dos nuevos apartados al artículo 171 del Código Penal –delito de amenazas-, y un apartado segundo al artículo 172 –delito de coacciones- y se mantiene como tipo general para describir el ámbito subjetivo de la violencia doméstica el artículo 173.2, precepto que no hace discriminación alguna por razón de sexo y que engloba a todos los que pertenecen a la unidad familiar.

De esta manera y en cuanto a las amenazas tenemos:

- Que si son leves y contra las mujeres, de falta pasa a delito en el artículo 171. 4.
- Si es a otra de las personas del artículo 173.2, es falta a tenor del artículo 620, segundo párrafo.
- Si la amenaza es con arma u objeto peligroso y se refiere a personas del artículo 173.2 –luego también mujeres- es delito del artículo 171.5º.

En cuanto a las coacciones:

- Si es leve y contra las mujeres, deja de ser falta del artículo 620.1.1º para ser delito del artículo 172.2.

- Si es a otra persona del artículo 173. 2, es falta del artículo 620.1.2º.

De este cuadro se deduce que ante el mismo comportamiento objetivo -amenaza o coacción leve- el varón comete un delito mientras que la mujer una simple falta, a pesar de que los derechos fundamentales atacados por el comportamiento ilícito tienen en la Constitución el mismo valor cualquiera que se la persona de su titular. Esto conduce a otras disfunciones valorativas pues, por ejemplo, se sanciona con una pena más grave la amenaza leve si el sujeto pasivo mujer o exmujer que si la amenaza va dirigida frente a las personas definidas en el artículo 173.2 (por ejemplo, menores) aun cuando en este caso se hayan empleado armas u otros instrumentos peligrosos.

A la vista de estos resultados, **se considera que la reforma propuesta de los artículos 171 y 172 presenta serias objeciones de constitucionalidad, a juicio de este Consejo, por definir el sujeto activo y pasivo del delito por razón del sexo, al margen del comportamiento objetivamente realizado y por no justificar adecuadamente el tratamiento punitivo de la amenaza o coacción leves contra la mujer.**

El Anteproyecto convierte delitos comunes en delitos especiales por razón de la cualidad sexual del sujeto activo como ya ocurriera, por ejemplo, en los Códigos predemocráticos con ciertos delitos contra la honestidad, cuyo sujeto pasivo era sólo la mujer (vgr. violación). Esta división de los delitos en función del sexo del sujeto activo no sólo se contiene en el artículo 33 del texto -que introduce el nuevo artículo 87 ter1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial- a la hora de atribuir competencia a los proyectados Juzgados de Violencia sobre la mujer, sino en la propia tipificación de ilícitos penales con sujeto activo varón, que sólo pueden ser cometidos por el hombre con exclusión de las mujeres.

Este modo de proceder, que ante un mismo comportamiento objetivo es tipificado como delito o falta en función de ser el sujeto activo varón o mujer supone una frontal vulneración del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución que no puede justificarse objetivamente al amparo de la doctrina

de la discriminación positiva tolerable de difícil encaje en la tutela penal, pues se trata de proteger a la mujer a costa de restringir la libertad del hombre ya que a mayor rigor punitivo, mayor restricción de la libertad. Estamos ante una discriminación -negativa- del varón incompatible con la Constitución.

En efecto, en la defensa de los bienes fundamentales que se erigen en bienes jurídicos protegidos en los delitos o faltas de amenazas o coacciones no parte la mujer de una situación de desventaja que haya de corregirse mediante el recurso a una mayor protección penal mediante la técnica de buscar la eficacia preventivo-general mediante penas más severas. La libertad se tutela ya en el Código de igual manera según sea su titular la mujer o el varón. No hay discriminación alguna ni situación de inferioridad en este ámbito.

Pero además, la conversión de esos comportamientos de amenazas o coacciones leves en delito cuando el sujeto activo es varón supone una contradicción frontal con principios constitucionales del Derecho Penal, en todas la hipótesis imaginables en la que podría apoyarse el prelegislador, y esto por las siguientes razones:

- 1ª Si la agravación obedece a que estadísticamente es la mujer el sujeto pasivo de comportamientos de esta clase y que normalmente proceden del varón, entonces se agravaría la responsabilidad en el caso concreto por hechos ajenos, con vulneración del principio de culpabilidad, toda vez que el concreto varón enjuiciado vería agravada su responsabilidad por los hechos de otros conforme a la doctrina de la acumulación de comportamientos.
- 2ª Si la agravación se fundamentase en que la amenaza o la coacción se realizan con ánimo de discriminación o dominación del hombre sobre la mujer (poniendo en relación estos preceptos con el artículo 1. 2 del Anteproyecto), se partiría de la presunción de que cuando el hombre amenaza o coacciona a su mujer o a su exmujer lo hace en todo caso prevaliéndose de una situación de superioridad o con el fin de mantener

su voluntad de dominación. Esta presunción legal supondría convertir faltas en delitos a lo que en el régimen ordinario únicamente se contempla como circunstancia agravante genérica, reconociéndose a las motivaciones del autor una supercualificación desproporcionada con la gravedad objetiva del hecho.

El Código Penal contempla como circunstancia agravante en el artículo 22.2 el abuso de superioridad, cuando se produce un desequilibrio de fuerzas entre agresor y agredido, de forma que se encuentren limitadas de forma notable las posibilidades de defensa del ofendido; desequilibrio que deber ser aprovechado por el autor para la realización del delito. Esta mayor reprochabilidad, que se traduce en una agravación de la responsabilidad, no depende del sexo del sujeto activo y del pasivo, sino de un hecho objetivo de dominación.

La discriminación por razón del sexo se contiene como circunstancia agravante en el artículo 22.4, y la agravación se fundamenta en la mayor reprochabilidad de la conducta en atención al móvil que impulsa a cometer el delito.

Pero estas dos circunstancias ni se presumen, pues deben ser apreciadas en cada caso concreto, ni son consideradas por la ley como muy cualificadas a los efectos de determinar la magnitud penal. En la medida en que el Anteproyecto contiene determinadas medidas penales que parten de la presunción de superioridad del hombre sobre la mujer, y reconoce a la superioridad o la discriminación por razones de sexo una eficacia de aspiración de la pena, o la conversión de meras faltas en delito, conduce a consecuencias desproporcionadas desde el punto de vista de la responsabilidad por el hecho.

- 3ª Si la agravación se fundamentara en la peligrosidad del autor que comete estos delitos, entonces se combatiría con el recurso a la pena una mera cualidad personal del varón, que además se presume legalmente, y en

consecuencia también se vulnera el principio de la responsabilidad por el hecho cometido.

De lo anterior se colige que la medida penal consistente en la tipificación como delito de las acciones de amenaza y coacción leve cuando proceden del varón, no se fundamenta en razones vinculadas a un mayor contenido de injusto o de culpabilidad, sino que únicamente obedecen a razones subjetivas relativas a la cualidad del varón y a su presunta superioridad sobre la mujer.

Tal concepción que se adentra de lleno en un Derecho penal de autor, en “la jurisprudencia del sentimiento”, voluntarista, con predominio no tanto de lo normativo como de lo que se ha dado en llamar “el sano sentir del pueblo”. Estas concepciones, propias de la Escuela de Kiel -de tan triste recuerdo en la Alemania de los años treinta- evidentemente no son compatibles con la Constitución, y esto no es algo que aventure el Consejo sino que el Tribunal Constitucional ha reconocido que la Constitución parte del principio de culpabilidad y que una consecuencia penal que en el caso concreto no se sintiese adecuada a la gravedad de la culpabilidad no es acorde con el valor justicia establecido de modo categórico por la Constitución.

Así, ha declarado el Tribunal Constitucional en la sentencia 150/1991 (ponente Sr. López Guerra) que *«la Constitución consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal "de autor" que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos»* con cita de las SsTC 65/1986, 14/1988 y otras.

Por lo tanto, allí donde en los presupuestos de la conminación penal se incluye algo distinto del hecho objetivo, y ese algo más se asocia a la condición del autor, a su cualidad de varón, nos topamos con un sistema en el que la pena se dirige al autor como tal. Al autor sólo se puede castigar por el hecho cometido

y en función de su gravedad, y es claro que el mismo hecho no es más grave por la circunstancia de ser el autor el varón y la víctima la mujer. Este modo de proceder supone un ataque frontal al principio de culpabilidad.

Pero es que, además de las razones constitucionales expuestas, pueden dirigirse a la regulación proyectada otras dos objeciones más. De un lado en cuanto que desde el punto de vista sistemático no se explica suficientemente que el delito de amenaza leve se lleve a un precepto – el artículo 171- que tipifica el delito de amenazas cuando la amenaza consiste en causar un mal que no constituye delito, pues la amenaza leve puede consistir también en la amenaza de un mal que constituya delito, sólo que en atención a las circunstancias en que se produce no presenta la intensidad de la amenaza constitutiva del delito del artículo 169.

Además la agravación de la pena de la amenaza cuando se realice por quien haya quebrantado una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza, puede conducir a una vulneración del principio de *non bis in idem*, si se tiene en cuenta que el quebrantamiento de la pena o de la medida es punible en sí mismo y además, se introduce en el Anteproyecto una modificación del artículo 468 consistente precisamente en imponer en todo caso la pena de prisión en caso de quebrantamiento de estas penas o medidas, lo supone configurar un delito agravado de quebrantamiento de condena.

e) La agravación del delito de lesiones

El artículo 148 es reformado en el Anteproyecto para introducir un tipo agravado de lesiones « 4º *Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia*».

En el artículo 148 la agravación del delito de lesiones por razones relativas a la condición de la víctima se aplica al caso de «*si la víctima fuere menor de doce años o incapaz*». La agravación encuentra su fundamento en la mayor vulnerabilidad de estas personas y las circunstancias de indefensión en que se encuentran por las condiciones de edad o de incapacidad, no obstante lo

cual el tipo opera en términos objetivos, presumiéndose *ex lege* la inferioridad de las víctimas y el abuso de superioridad en que incurre el agresor.

En la medida en que el Anteproyecto agrava el delito de lesiones si la víctima «*fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia*», **se presume también ex lege que la mujer se encuentra en todo caso de lesión en situación de inferioridad**. De este modo la agravante genérica de abuso de superioridad, que en supuestos normales debe apreciarse si concurre en el caso concreto, con la norma proyectada se presume que concurre siempre que la víctima es la esposa o exesposa del agresor, sin que se aprecie por esta relación un mayor contenido de injusto o de reprochabilidad en el comportamiento del agresor con relación al delito de lesiones, sin perjuicio de aplicar en su caso la circunstancia mixta de parentesco del artículo 11 que opera en estos casos de ataque a bienes personales como circunstancia agravante.

A diferencia de los menores e incapaces, que objetivamente pueden ser tenidos como personas especialmente vulnerables, no puede decirse en todo caso que la mujer que sufre un ataque de manos de su pareja se encuentre en situación de especial vulnerabilidad o de indefensión. Si ello es debido a una situación de violencia precedente, el injusto global es valorado a través del delito contra la integridad moral del artículo 173.2 que, como es sabido, no impide la sanción en concurso de delitos de los delitos de lesión que en el contexto de dominación puedan haberse realizado.

Por lo tanto, **ni desde el punto de vista de injusto ni de la culpabilidad tiene fundamento el tipo agravado de lesiones. Sólo cabe entender el precepto sobre la base de una presunción legal de inferioridad de la mujer, lo que es inaceptable como tal presunción**. En otro caso, si se fundamentara en una real situación de dominación, entonces, bien por la vía del tipo del artículo 173.2, o por las circunstancias genéricas de abuso de superioridad, discriminación por razón del sexo y la mixta de parentesco, puede ser compensado suficientemente mediante la pena el injusto realizado por el autor.

En cualquier caso, tampoco aquí se justificaría una mayor protección de la mujer, y no de otros círculos o ámbitos reales de dominación –como las lesiones a los ascendientes, por ejemplo-, en los que en ocasiones esa situación de inferioridad o mayor vulnerabilidad es más constatable que respecto de la propia mujer.

Por otro lado, una vez más, sobre la base de la denominada discriminación positiva se favorece a la mujer mediante un agravamiento de la responsabilidad penal del varón – único sujeto activo del tipo agravado-, por lo que pueden reproducirse aquí los reproches formulados más arriba.

3. Sobre la creación de los Juzgados de Violencia sobre la mujer

Señala la Exposición de Motivos que *«conforme a la tradición jurídica española, se ha optado por una fórmula de especialización dentro del orden penal, de los jueces de instrucción, creando los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y excluyendo la posibilidad de creación de un orden jurisdiccional nuevo o la asunción de competencias penales por parte de los jueces civiles»*

A partir de tal premisa, estos juzgados conocerán de la instrucción y, en su caso, del fallo de las causas penales en materia de violencia sobre la mujer, así como de aquellas causas civiles relacionadas. Se persigue que unas y otras en la primera instancia sean objeto de tratamiento procesal ante el mismo órgano, de forma que lo integral radica en la mayor, más inmediata y eficaz protección de la víctima, así como los recursos para evitar reiteraciones en la agresión o la escalada en la violencia.

Ya el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en el informe aprobado el 21 de marzo de 2001 se planteó como necesaria la existencia de Juzgados especializados y la racionalización de las normas de reparto a fin de mejorar el rendimiento del sistema judicial frente al fenómeno del maltrato. Hay que recordar que la R 13 (85) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la Violencia en la Familia, recomienda estudiar la posibilidad de encargar

únicamente los asuntos de violencia en la familia a miembros especialistas de la autoridad judicial y de instrucción, o también a los tribunales decisorios.

Significa esto que al no ser vinculante ni preceptivo un concreto modelo organizativo, siempre cabe que acudiendo a la vía del artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Capítulo I del Título II (artículos 16 y ss.) del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, se atribuya el conocimiento de las causas de violencia doméstica a unos concretos órganos con exclusión de otros de su ámbito territorial.

Por ello, el Consejo valora positivamente acudir a la idea de **especialización pero funcional**; ahora bien **cuestión distinta es, primero, la creación de unos órganos específicos más allá de la pura especialización funcional y, en segundo lugar y por razón de lo dicho hasta ahora, el establecimiento de una suerte de jurisdicción especial por razón del sexo de una de las partes, algo propio del Antiguo Régimen y afortunadamente superado ya a lo largo del siglo XIX.**

En efecto, debemos considerar que existen varios órdenes jurisdiccionales distribuyéndose el conocimiento de las materias propias de cada uno a los diferentes órganos jurisdiccionales de cada una de esas jurisdicciones. Es el artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que no es reformado por el Anteproyecto, el que distribuye los asuntos entre los distintos órdenes jurisdiccionales, correspondiendo al orden penal el conocimiento de las causas y juicios criminales, y al orden civil, las materias que le son propias. Y mientras el orden jurisdiccional civil alcanza a todos los asuntos no atribuidos a otro orden -jurisdicción residual -, la preferencia del orden jurisdiccional penal determina que, conforme al artículo 10 Ley Orgánica del Poder Judicial pueda, esta jurisdicción conocer de materias propias de otro orden jurisdiccional a solos efectos prejudiciales. La jurisdicción es en todo caso improrrogable.

De acuerdo con ello, el juez del orden jurisdiccional penal sólo conoce de asuntos penales y únicamente de las materias propias de otro orden jurisdiccional que incida en el proceso penal como cuestión prejudicial. Sin

embargo, el Anteproyecto va más allá al atribuir al órgano penal denominado Juzgado de Violencia sobre la mujer materias propias del orden jurisdiccional civil, no con carácter prejudicial, sino principal. **Estamos, por tanto, ante una especie de conmixión de jurisdicciones, que tiene como resultado una jurisdicción especial, la jurisdicción de violencia sobre la mujer, un híbrido que combina aspectos penales y civiles –y estos de diversa índole- y sin que se pierda de vista las consecuencias jurídico laborales de sus decisiones (cf. artículo 18).**

Debe tenerse en cuenta que la existencia del tradicional modelo de Juzgados mixtos, de Primera Instancia e Instrucción, no supone la confusión de jurisdicciones. El juez único actúa como juez de Primera Instancia en lo civil o como juez de Instrucción en lo penal, pero con separación nítida de órdenes jurisdiccionales, sin mezcla alguna.

Pues bien, desde el punto de vista del diseño orgánico judicial, puede advertirse que la razonabilidad en el diseño del organigrama judicial implica que los órganos judiciales deban crearse atendiendo a las ramas del ordenamiento jurídico, a las instancias y grados procesales o a la necesidad de especialización funcional a propósito de una concreta materia.

Sobre esa idea de especialidad funcional podría compartirse la creación de estos juzgados como ya los hay de Familia, Menores o Vigilancia Penitenciaria. Ahora bien, el criterio de especialización empleado ahora no es el de una rama del ordenamiento o materia, sino que dentro del orden penal se crea una especialización que obedece a un objetivo político –luchar contra la violencia respecto de la mujer-, tomando por base el sexo de la víctima y el animo o intención del agresor.

Además la previsión del Anteproyecto junto con la Memoria económica, es triple pues caben tres soluciones:

- que se creen de nueva planta un total de 21 nuevos juzgados de Violencia en aquellas poblaciones cuya carga de trabajo así lo aconseje y que se dedicarían exclusivamente a esta materia
- que también con dedicación exclusiva se transformen juzgados ya existentes en juzgados de Violencia sobre la mujer, lo que se hará cuando no se precise crear uno de nueva planta y, por último
- compatibilizar a juzgados de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción ya existente

Debe resaltarse que la iniciativa informada no va acompañada de un estudio estadístico alguno que dé idea de lo que supondrá para la organización judicial tal medida. Se ignora realmente cuántos órganos de nueva planta deben crearse, se ignora cómo va a incidir en los juzgados de instrucción y sobre todo en los de Familia ya existentes y, en este caso, si se va a producir un vaciamiento competencial mediante un trasvase de asuntos masivo o limitado. A su vez no se ha barajado si con esta ley se va a potenciar que la vía penal tenga un “efecto llamada” en la consideración de los litigios de familia o por los efectos laborales y funcionariales más que efecto llamada cabe pensar en un efecto multiplicador.

O por decirlo de otra forma, cabe plantearse que la criminalización de las causas civiles, los efectos funcionariales y laborales que implica promover una causa competencia de estos órganos más las especialidades procesales que encierra el texto informado, y todo basado en la idea de que se está ante una jurisdicción determinada por el sexo, cabe plantearse, decimos, si todo en conjunto no va a producir una profunda distorsión en la planificación de la planta judicial.

En este sentido hay que recordar que la lógica del sistema es que lo primero es la norma sustantiva (ya sea civil o penal), dependiendo de esta se configuran los procesos –de ahí lo adjetivo del Derecho Procesal- y en función de esas dos premisas se organizan los juzgados y tribunales.

Sin embargo, en este caso la reforma se basa ante todo en una idea de tratamiento judicial integral de las causas en las que es víctima una mujer objeto de violencia. Sobre esta base se piensa primero en el instrumento –juzgados-, para darle contenido se alteran las reglas de competencia y especialización todo lo cual, a la postre, alcanzará al aspecto sustantivo de las normas aplicables en los litigios de familia. Al configurarse estos órganos como una especialidad dentro del orden penal –así lo dice la Exposición de Motivos- todas las materias civiles competencia de esos órganos se desdibujan en su naturaleza.

La creación de estos juzgados produce, además, efectos indirectos poco plausibles. Se compromete la apariencia de imparcialidad que un órgano judicial debe presentar, pues un órgano que tiene como función exclusiva la tutela de la mujer puede ofrecer dudas de imparcialidad para el hombre en cuanto que la apariencia que se da a estos órganos es que se crean no para aplicar con imparcialidad Justicia, sino para luchar contra una concreta patología de las relaciones hombre-mujer y que se traduce en el ánimo del agresor concretado en el artículo 1. 2 cuya concurrencia puede llegar simplemente a presumirse. Este dato es importante pues si el agresor no agrede a la mujer con la intención de discriminarla o la el ánimo de mantener la relación de poder que ejerce sobre ella, sino con ánimo de venganza o por arrebato o celos, esos mismos hechos se juzgarán por otros jueces o aun cuando sea por el mismo, siempre lo hará con arreglo a otros procedimientos.

Para concluir este apartado debe hacerse notar que si bien en la Ley 27/2003 tantas veces citada, ya se atribuyen a los jueces de Instrucción en funciones de guardia la posibilidad de adoptar medidas de índole civil (cf, nuevo artículo 544 ter 5 y 7 Ley de Enjuiciamiento Criminal), tal previsión se hace desde los siguientes criterios:

- La competencia no es de unos órganos de nuevo diseño y creación, sino sobre los ya existentes
- Existe limitación temporal en cuanto a las medidas civiles que pueden adoptarse y en cuanto al tipo de medidas.

- Todo ese régimen se refiere a la violencia doméstica, sin discriminar el sexo de la víctima ni apreciar la intención del agresor.

Por el contrario, el texto informado se caracteriza por lo siguiente:

- Generará un régimen paralelo al ya existente, con riesgo de solapamiento.
- Se basa en un tipo nuevo de órganos judiciales al margen, en principio, de los jueces de Instrucción.
- Se refiere sólo a la mujer víctima de violencia y en las circunstancias del artículo 1.2.
- Se aplica a más delitos y se generaliza la asunción de competencias civiles de los nuevos jueces, medidas que no tienen que ser coyunturales.

En definitiva y como ya se ha dicho, con el texto informado lejos de evaluarse la experiencia de la aplicación de la Ley 27/2003 y sobre la misma adoptar decisiones normativas se opta, por un lado, por rebasarla (nuevos jueces, más competencias, generalización de competencias civiles) pero a la vez se restringe (sólo para mujeres) generando un preocupante panorama de confucionismo procesal y competencial. Por estas razones se sugiere una mayor reflexión y reconsideración de la iniciativa informada.

4. Sobre las reglas de distribución de competencia

a) Atribución de competencias penales

Se incorpora por medio del artículo 33 del Anteproyecto un nuevo artículo 87 ter a la Ley Orgánica del Poder Judicial para atribuir competencia a los denominados Juzgados de Violencia sobre la mujer. Correlativamente es reformado el artículo 87 de la referida Ley Orgánica y el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la finalidad de sustraer al juez de instrucción la competencia para instruir las causas que sean competencia de los Juzgados de Violencia sobre la mujer.

La idea rectora de esta atribución competencial consiste en atribuir el conocimiento de determinados delitos -homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, torturas y otros delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación- en función de que *«que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia»*. Pero sólo en los casos de que se hubieren producido *«con ocasión de actos de violencia sobre la mujer en los términos del artículo 1 de la Ley Orgánica, Integral de Medidas contra la Violencia sobre la mujer»*, según establece el proyectado apartado 5º del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. **Es decir, los Juzgados de Violencia sobre la mujer reciben competencia si concurren los siguientes presupuestos :**

- 1º Que el sujeto activo sea el varón y el pasivo la mujer en los casos establecidos-.**
- 2º Que los delitos enumerados sean cometidos *«para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres»*.**

El Juzgado de Violencia sobre la mujer asume la competencia para la instrucción de estos delitos, sustrayéndola al Juez ordinario, el Juez de instrucción, y para el conocimiento y fallo de determinadas faltas. Esto nos lleva a reflexionar, en primer lugar, sobre el ámbito objetivo de competencia y, en segundo lugar, si hay razones para atribuir la instrucción de estos delitos a un órgano judicial nuevo, distinto de los tradicionales Juzgados de instrucción.

Lo primero que se observa es que la atribución objetiva **no se hace en función de la materia sino en función del sexo del sujeto activo y pasivo pues la materia, la clase de delitos que se atribuyen al conocimiento del juez de Violencia sobre la mujer es idéntica que la que la ley vigente atribuye al Juez de instrucción, lo que produce efectos poco razonables pues, por ejemplo, la instrucción de un delito de homicidio es idéntica sea**

quien sea la víctima de ese delito. La apariencia de imparcialidad objetiva que transmite el Juzgado de instrucción, que recibe su denominación de una fase del proceso penal, se desvanece si la instrucción de un delito de homicidio se atribuye a un Juzgado que no recibe su denominación por razones funcionales sino por la cualidad personal del sujeto activo y pasivo del delito.

Podría justificarse la previsión legal acudiendo a los Juzgados de Menores: el homicidio que cometa un menor es siempre igual, pero este término de comparación se desvanece si se tiene en cuenta que la razón de que haya Juzgados de Menores radica ex artículo 25 de la Constitución, en la necesidad de ir a la recuperabilidad del menor –persona que se está haciendo- de ahí que haya un conjunto de especialidades penológicas, de tratamiento y reeducación. En el caso informado al margen del agravamiento o no de las penas, éstas en cuanto tal son las mismas. En definitiva todo se hace depender del sexo de la víctima y, repetimos, no hay base capaz de justificar una organización judicial por esa razón del mismo modo que no la hay por razón de la raza ni de la ideología ni las creencias, en definitiva, por ninguno de los estándares de igualdad del artículo 14 de la Constitución.

En cuanto al ámbito objetivo, se incluyen algunos delitos que difícilmente puede concebirse que formen parte del contenido propio de los delitos a los que se refiere el artículo 1 de Anteproyecto que tantos problemas interpretativos presenta. Por ejemplo, es difícil y hasta retorcido pensar que se comete un homicidio o un aborto *«para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres»*. Ahora bien, **en la realidad criminológica aquélla especial motivación, que aun cuando concurriere siempre será de difícil probanza en el proceso, no suele presentarse en determinadas figuras de delito como las apuntadas, y lo que puede conducir en la práctica a la inutilidad de estos juzgados máxime si se ha producido la muerte de la mujer en cuyo caso cae la ley por su base, deviene inaplicable pues no hay ya desgraciadamente violencia alguna que prevenir (artículo 1.1 del texto informado). En estos caso ¿quien juez es el competente?**

Pero aparte de que esa intencionalidad no está presente en la mayoría de los casos de la realidad cotidiana, aunque lo estuviera, es bien conocido que los elementos subjetivos de un delito únicamente pueden ser probados en el proceso por prueba indiciaria, tras un razonamiento lógico-deductivo que realiza el juez sentenciador tras el análisis de la prueba practicada. Desde este punto de vista, **en la medida en que la competencia del Juez de Violencia sobre la mujer depende de la previa comprobación de esa especial motivación del sujeto activo y que ésta sólo será apreciable tras el juicio oral, en la práctica sería imposible atribuir competencia al Juez de Violencia para instruir la causa; o por decirlo de otra forma: hasta que no se dicta sentencia no se sabe si el trámite se ha seguido ante el juez competente, sin pueda aceptarse que se presuma la concurrencia de ese ánimo en todo caso. Y es que el problema radica en atribuir competencia no por criterio objetivos sino en función del ánimo del autor.**

Además de lo anterior, y analizando en concreto el ámbito objetivo, no tiene sentido incluir los delitos de torturas en esa relación, desde el momento en que la tortura, técnicamente, es un delito que cometen *«las autoridades o funcionarios públicos, con abuso de su cargo y con el fin de obtener una confesión o información»*, sin perjuicio de que sí se incluyan los otros delitos contra la integridad moral a los que se refiere el Título VII del Libro II del Código Penal y siempre que se produzcan dentro del ámbito de aplicación de la Ley.

Tampoco tiene sentido incluir todos los delitos cometidos con violencia o intimidación sobre la mujer, pues no se comprende muy bien qué relación tiene con el objeto de esta ley alguno de estos delitos, como, por ejemplo, la realización arbitraria del propio derecho, el robo con violencia o intimidación, la extorsión, etc.

Por otro lado es igualmente criticable que se incluya, dentro del ámbito de la competencia de estos juzgados, la instrucción por cualquier delito contra las relaciones familiares, si se basa en el hecho de que la víctima sea solo la mujer, pues -como es sabido- dentro de este Título XII se incluyen los delitos de matrimonios ilegales, de la suposición de parto y de la alteración de la

paternidad, estado o condición del menor, el quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono de domicilio y del abandono de familia, menores o incapaces.

En definitiva, los delitos que han de instruir los Juzgados de violencia sobre la mujer son delitos comunes y no presentan singularidad alguna en cuanto a su investigación e instrucción que los atribuidos al Juez de Instrucción ordinario. Y desde el punto de vista de la adopción de medidas cautelares el Juez de instrucción tiene plenas potestades para su adopción dentro de los límites constitucionales.

b) Atribución por *vis atractiva* de competencias civiles al Juez de Violencia sobre la mujer

No es novedoso que en materias de violencia el juez penal asuma funciones civiles; este es, a la postre, el modelo iniciado con la Ley 27/2003. Sin embargo el salto que se da ahora es cualitativo. El nuevo modelo –como ya se advirtió más arriba- generaliza esa posibilidad y, además, el conocimiento de asuntos de índole civil aparte de ser más extenso no es puramente coyuntural o cautelar.

De esta manera las materias del orden civil que se atribuyen a los juzgados de Violencia son de lo más variadas, siendo por otra parte censurable la expresión “podrán” pues puede parecer que es facultativo de dichos juzgados el conocer o no de estas materias. En todo caso, desde la noción de violencia sobre la mujer y desde el objeto del anteproyecto (cf. de nuevo el artículo 1) no se comprende fácilmente la atribución de materias como la filiación, maternidad y paternidad, reconocimiento de eficacia civil de la resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia matrimonial, relaciones paterno-filiales en general, las que tenga por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar, cuando no se relacionan de forma completa en la propia ley ni se lleva a cabo la necesaria modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil y ello aunque se den de forma simultánea los requisitos a los que se refiere el apartado 3º del artículo 87 ter.

En cualquier caso, se echa de menos o se pueden intuir los efectos contraproducentes que ocasionaría la falta de referencia a otras materias que sin verse afectadas por el objeto de la ley tienen especial trascendencia, como es la guarda y custodia de hijos e hijas menores, o el juicio de alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que el precepto, además, deja sin resolver importantes problemas en relación con el inicio y la pérdida de la competencia civil por el Juez de violencia sobre la mujer. El derecho al juez natural viene predeterminado por la ley es uno de los principios básicos del ordenamiento jurídico español (artículo 24. 2 de la Constitución), de forma que si solamente se exige para que el juez de Violencia asuma competencias para la instrucción de cualquiera de los delitos o enjuiciar alguna de las cuestiones civiles a los que se refiere el artículo 87 ter, que se «*haya iniciado*» un proceso penal por delito o falta a consecuencia de acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección, **nos podemos encontrar con que, de alguna manera, queda a merced de las partes, en este caso la supuesta víctima, la elección del juez competente pues el simple inicio de una instrucción penal responde al solo hecho de interponer denuncia**, sin que el texto informado prevea la posibilidad de que casi de forma inmediata se archiven las diligencias penales o, más adelante, se sobresea el procedimiento, incluso de forma provisional.

En estos casos ¿qué ocurrirá con los procedimientos civiles que está tramitando el juez si llega a darse alguna de estas situaciones?. Teóricamente el juez de Violencia dejaría de conocer de todas las causas civiles por faltar el presupuesto de hecho del nuevo artículo 87. ter. 3. c) con lo que podríamos asistir a un poco aconsejable trasvase de asuntos civiles que, por ejemplo, del juez de Familia van al de Violencia y de éste nuevo al de Familia. Que no se precisa tal especialización queda demostrado cuando el que conozca de esas causas sea un juez de Primera Instancia e Instrucción que también asuma tareas de Violencia: el trasvase de asuntos será “consigo mismo”.

Por otra parte, también habría que preguntarse hasta qué punto es suficiente el que el juez remita las actuaciones al órgano judicial que considere competente cuando aprecie que «*de forma notoria*» los hechos no constituyen expresión de violencia sobre la mujer, pues aparte de la indefinición de la expresión tampoco queda claro si la remisión puede hacerla en cualquier momento en que constate la falta de relación de los hechos con la materia objeto de esta ley, máxime dada la imprecisión del artículo 1 del Anteproyecto.

c) Sobre la pérdida sobrevinida de competencia objetiva: derecho al juez ordinario.

El artículo 38 regula la «*pérdida de la competencia objetiva cuando se produzcan actos de violencia sobre la mujer*», adicionando un nuevo artículo 49 bis a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sobre este particular el Consejo aprecia la posible colisión de la medida con el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley. Así debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional tiene declarado desde la STC 47/1983, que el derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución exige que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional. **Por lo tanto, si un hecho posterior a la atribución de la competencia es idóneo para privar al juez del asunto que ya está conociendo, el derecho a Juez predeterminado se vulneraría.**

Las razones son las siguientes:

En primer lugar, no es gratuita la circunstancia de que en los supuestos en los que legalmente proceda la inhibición de un órgano a favor de otro se haga a favor del juez que primeramente estuviere conociendo del asunto, pues de otro modo, bastaría con promover una nueva acción con el mismo objeto ante otro órgano judicial con posterioridad para lograr la remoción del primero. Así, por ejemplo, el artículo 79 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que los procesos más modernos se acumularán a los más antiguos, determinándose la

antigüedad por la fecha de presentación de la demanda. La razón de que los asuntos más modernos sean los que se acumulan es clara: lo contrario permitiría a las partes disponer de la competencia del órgano judicial.

Pues bien, el Anteproyecto (artículo 38) añade el nuevo artículo 49 bis a la Ley de Enjuiciamiento Civil según el cual *«cuando un Juez o tribunal, que esté conociendo de un procedimiento civil, tuviese noticia de la comisión de un acto de violencia sobre la mujer en los términos del artículo 1 de la Ley Orgánica, Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer, que haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal o a una orden de protección, tras verificar la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 87 ter, párrafo 3 la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá inhibirse, remitiendo los autos en el estado en que se hallen al Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente»*. Es decir, se dispone la inhibición del juez que ya está conociendo con anterioridad **por razón de un hecho nuevo** a favor del Juez más moderno, alterando la solución ordinaria de estos problemas de concurrencia de procesos.

Es cierto que la jurisdicción y competencia del Juzgado de Violencia sobre la mujer se determina con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial, pero con relación al Juzgado de Primera Instancia la pérdida sobrevinida de competencia por un hecho posterior equivale a una indeterminación del juez que en definitiva va a conocer del asunto, y desde este punto de vista **se contradice el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, pues estaría predeterminado sólo provisionalmente o de manera condicionada, en cuanto la competencia civil estaría sujeta a que no se diera una condición resolutoria -la realización de actos de violencia- lo que depende en última instancia de la voluntad del autor.**

En estas condiciones, la reforma proyectada en el artículo 38 del Anteproyecto vulnera claramente el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (artículo 24. 1 de la Constitución).

Y en segundo lugar, téngase en cuenta que ese artículo 49 bis supone la **pérdida de competencia**, lo que afecta también a la **inamovilidad judicial**. Lo

mismo da remover al Juez para privarle del conocimiento del asunto que sin mover al juez privarle de él privándole de su competencia inicial. Por ejemplo, un marido descontento con la evolución del proceso judicial de separación, puede, realizando cualquier acto de violencia sobre su mujer, apartar al Juez del conocimiento del asunto. Y en sentido inverso, la mujer puede llevar al foro del juez de Violencia el asunto civil por la mera interposición de una denuncia o la solicitud de una orden de protección.

Por último se plantea qué ocurre con las causas civiles de las que conocería el juez de Violencia pero que cuando éste inicia sus actuaciones están ya en segunda instancia. En principio no cabría que el juez de Violencia haga requerimiento de inhibición alguno al juez de Primera Instancia por carecer éste de competencia funcional. Aun así en el nuevo artículo 49bis 1 y 2 Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere al “juez o tribunal”, luego esa referencia al “tribunal” parecería indicar que una Audiencia Provincial –órgano de apelación– podrá ser requerida de inhibición, luego y deberá inhibirse a favor del juez de Violencia; pues bien, por chocante que sea ¿cabe realmente tal posibilidad? y de ser así ¿significa que el juez de Violencia podrá revisar lo fallado en la primera instancia civil?. Tales extremos precisan de aclaración.

d) Juicios rápidos, jueces de Instrucción de guardia y jueces de Violencia

Como se dijo más arriba, el modelo informado produce evidentes disfunciones. En efecto, es cierto que la Disposición Adicional Sexta prevé que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Anteproyecto informado, el Consejo General del Poder Judicial dictará un reglamento para adecuar los servicios de guardia a la existencia de los nuevos juzgados de Violencia sobre la Mujer. Pues bien, surgen al menos dos problemas que deben solucionarse por el legislador sin esperar al desarrollo reglamentario que haga este Consejo.

En primer lugar, el procedimiento de los llamados “juicios rápidos” (Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) resulta aplicable para la instrucción y enjuiciamiento de los «*delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se*

refiere el artículo 173.2 del Código Penal» [artículo 795.1.2ª,a) Ley de Enjuiciamiento Criminal]; además el artículo 14.3 de la Ley Enjuiciamiento Criminal prevé que el juez de Instrucción de guardia del lugar de comisión del delito dicte sentencia de conformidad, en los términos del artículo 801 Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por otro lado, el artículo 962.1 del mismo texto dispone el enjuiciamiento inmediato de las faltas del artículo 620 del Código Penal siempre que en este último caso el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del mismo Código. Y, por último, no conviene olvidar que la tramitación de los mencionados juicios rápidos por delito y por falta se realiza por el Juez de Instrucción en funciones de guardia (artículo 797 y ss Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 40.1 del Reglamento CGPJ 5/95 sobre Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales).

En segundo término, el legislador debe tener presente que el sistema de la **orden de protección** previsto en la Ley 27/2003 descansa principalmente en la actuación urgente del Juzgado de Instrucción en funciones de guardia, lo que se encuentra directamente relacionado con la necesidad de dar una respuesta ágil y rápida a la víctima. Esta constatación necesariamente deberá desplegar consecuencias en la organización de los Juzgados de Violencia, sin que este problema quede solucionado con lo dispuesto por el artículo 42 del Anteproyecto, ni por el nuevo artículo 81.1 e) Ley Orgánica del Poder Judicial que el mismo Anteproyecto introduce a través del apartado 3 de su Disposición Adicional Octava.

Todo lo dicho significa que una parte importante de los procesos en este ámbito que serían competencia de los jueces de Violencia en realidad serán tramitados por los cauces de los juicios rápidos por delito y por falta y, por tanto, por los Juzgados de Instrucción en funciones de guardia, lo que puede resultar incompatible con la regulación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer que prevé el Anteproyecto, **luego hay que concluir que los casos típicos de violencia doméstica se instruirán por el juez de guardia del lugar de comisión a través de esas diligencias urgentes.**

Teniendo en cuenta los principios de oralidad, concentración e intermediación que rigen hoy día en el proceso civil, el juez que esté conociendo del mismo no puede inhibirse en favor del juez de Violencia pues una vez iniciadas las sesiones del juicio oral es el único competente para dictar la sentencia, salvo que pierda eficacia todo lo actuado, con la consiguiente dilación indebida. Y, lo que sí es cierto, es que para nada se prevé que el juez de Violencia se constituya en permanente guardia por mucha adecuación que haya de hacerse a tenor de la Disposición Adicional Sexta, con lo cual –salvo que se opte por una irresponsable política de ilimitada creación de estos nuevos órganos- ¿de qué sirven las especialidades de la ley en esos casos si la competencia no va a ser del juez de Violencia?.

También plantea problemas la comparecencia que se prevé en el apartado 2º del nuevo artículo 49 bis (artículo 38 el Anteproyecto) en la que el juez queda convertido en un mero espectador y, en todo caso, garante de unas determinadas formalidades procesales, sin tener que adoptar decisión alguna al respecto. Si, como se ha anunciado, se pretende en el marco de la reforma Judicial dar mayores competencias al Ministerio Fiscal, parece más razonable que la comparecencia se celebre directamente ante él para que, en los plazos que prudencialmente se fijen, en cualquier caso breves, adopte la correspondiente decisión en orden a denunciar los actos de violencia o a solicitar la orden de protección.

Además ese nuevo artículo 49 bis2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice que el juez civil que tenga conocimiento de un caso de violencia contra la mujer, deducible de los asuntos que conozca, lo pondrá en conocimiento del Fiscal *«tras la cual el Fiscal de manera inmediata habrá de decidir si procede en las 24 horas siguientes a denunciar los actos de violencia sobre la mujer o a solicitar orden de protección ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente»*. Si es de “manera inmediata” –sin tiempo para pensar- ¿qué sentido tiene decirle al fiscal que inmediatamente debe decidir lo que va a hacer en las 24 horas siguientes?.

En el mismo precepto se deroga el régimen general de las cuestiones de competencias entre jueces y tribunales del orden civil, en concreto para no dar audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, lo que puede dar lugar a situaciones de indefensión contrarias al artículo 24.1 de la Constitución con independencia de que, por razones de urgencia, se pueda entender que puntualmente sea necesario el asumir la competencia en determinadas materias del ámbito de la ley, aunque posibilitando en este caso el correspondiente recurso u obligando al juez a una posterior ratificación de la medida, previa audiencia de las partes.

e) La competencia territorial penal en función del domicilio de la víctima

Se produce una alteración sustancial de los criterios de atribución de competencia en materia penal. Como es bien sabido, **el fuero preferente, según el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es el del lugar de comisión del delito**, por entender que es allí donde se ha producido la ruptura de la convivencia social y es más fácil la persecución del hecho criminal. **Es cierto que el artículo 15 menciona otros fueros alternativos, pero no el del lugar de domicilio de la víctima**, criterio competencial absolutamente novedoso que se introduce en el artículo 39 del Anteproyecto al adicionar un nuevo artículo 15 bis a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Hay que tener en cuenta que la fijación de la competencia territorial en función del lugar de comisión del delito tiene una explicación dogmática clara, y sólo en su defecto pueden arbitrarse otros fueros subsidiarios. El principio de territorialidad determina el ámbito espacial de aplicación de la norma penal. Es universalmente reconocido que el Estado en cuyo espacio de soberanía se ha cometido el delito posee el poder punitivo, y el principio de territorialidad no es discutido. Por ello, incluso dentro del propio Estado, el criterio territorial de comisión del delito es el criterio preferente para la atribución de la competencia.

Es claro que antes de determinar el fuero interno el delito debe haberse cometido en España. Y determinado el poder punitivo del Estado, las reglas de distribución interna de la competencia pueden combinar diversos factores. Hasta ahora la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha utilizado como fuero preferente el del

lugar de comisión del delito (*forum delicti commissi*) sobre la base de que es en el lugar en el que se comete el hecho donde se produce la mayor proximidad entre el hecho y el proceso, facilitándose la investigación en cuanto será en ese lugar donde se encontrarán con mayor facilidad las fuentes de prueba. La investigación a distancia es más complicada (recogida de vestigios del hecho, declaraciones de los testigos del lugar, etc.). Y lo que puede suponer un favorecimiento de la víctima, puede suponer una carga excesiva para terceros, como por ejemplo los testigos residentes en el lugar del hecho que deberán desplazarse al partido judicial del domicilio de la víctima para prestar el debido testimonio.

Además, el lugar de comisión es inalterable por voluntad de las partes. El hecho se comete donde tiene efectivamente lugar. Por el contrario el determinar la competencia en función del domicilio de la víctima es alterable por la voluntad de ella. Y si inicialmente tiene como finalidad favorecer la proximidad de la víctima al órgano ello es a costa de la lejanía entre el órgano y el hecho. Además, un mero cambio de domicilio de la víctima frustraría la finalidad de la norma.

f) De la competencia por conexión

En el artículo 40 del Anteproyecto se añade un nuevo artículo 17 bis a la Ley de Enjuiciamiento Criminal para extender la competencia de los juzgados de Violencia sobre la mujer a los delitos y faltas conexas siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los supuestos previstos en los números 3 y 4 del artículo 17, es decir, los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución y los cometidos para provocar la impunidad de otros delitos.

Con esta previsión, por una parte, pueden quedar fuera de la competencia de los juzgados de Violencia sobre la mujer algunos delitos conexas que indudablemente pueden también producirse en el ámbito de la ley especial y por otro, dejan fuera de forma notoria los supuestos del núm. 5 del mismo artículo 17.

g) Protocolos elaborados por la Comisión de Seguimiento de la Orden de Protección.

Como se sabe, a raíz de la Ley 27/2003 (Disposición Adicional Segunda), se constituyó una Comisión de Seguimiento el pasado 22 de julio de 2003, instancia en la que participan este Consejo, así como la Fiscalía General del estado, los Ministerios afectados, Comunidades Autónomas, la Federación de Municipios y Provincias, Abogados y Procuradores.

A raíz de su trabajo se han elaborado numerosos protocolos, de forma que debería barajarse la posibilidad de que el contenido de algunos de esos instrumentos así como otras ideas y sugerencias se incorporen al Anteproyecto, dándoles un valor normativo que las haría más eficaces. Pero en todo caso, y como se ha dicho con insistencia, sobre el nuevo régimen establecido por la Ley 27/2003 se superpone otro nuevo en cortísimo espacio de tiempo, con claro riesgo de solapamiento y confusión procesal y solapamiento de competencia si se compara la actuación de esta Comisión con las funciones del nuevo Observatorio (cf. Artículo 25.1 del texto informado)

h) Publicidad vejatoria y competencia del juez de Violencia

Dentro de la vocación integral del texto informado, se modifica la Ley General de Publicidad. En el apartado VII de este Informe se analizarán estos aspectos y muy especialmente todo lo relativo a la sorpresiva atribución de competencia a estos juzgados de Violencia –no se olvide que son una especialidad del orden penal- para conocer también de las acciones de cesación de publicidad vejatoria, de clara connotación civil y poca relación con la violencia sobre la mujer.

5. Sobre la legitimación procesal de la Delegación del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer

Sobre tal órgano sólo cabe informar respecto del artículo 24. 2 en cuanto que prevé que «*estará legitimada ante los órganos judiciales para intervenir en defensa de los derechos y de los intereses tutelados en esta Ley*».

Es evidente que si dicha Delegación es un órgano de la Administración Central del Estado, no se configura como un organismo público dotado de personalidad jurídica propia, luego no cabe que tenga legitimación procesal alguna en cuanto que carece de capacidad procesal. Por lo tanto, para que esté legitimada debe crearse expresamente como organismo público de lo contrario quien estará legitimada será la propia Administración Central.

De nuevo y en el epígrafe VII del presente Informe se volverá sobre esta legitimación así como la de los servicios sociales a tenor del artículo 14.

6. Sobre las funciones del Ministerio Fiscal

El Anteproyecto crea el Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer, encargado de la supervisión y coordinación del Ministerio Fiscal en este aspecto, así como mediante la creación de una Sección equivalente en cada Fiscalía de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales a las que se adscribirán Fiscales con especialización en la materia. Los Fiscales intervendrán en los procedimientos penales por los hechos constitutivos de delitos o faltas cuya competencia esté atribuida a los Juzgados contra la Violencia sobre la Mujer, además de intervenir en los procesos civiles de nulidad, separación o divorcio, o que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores en los que se aleguen malos tratos al cónyuge o a los hijos

Como antecedente hay que citar la Circular 1/ 1998 sobre *Intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar* por la que se creó en cada Fiscalía el Servicio de Violencia Familiar para el seguimiento y atención de las causas de esta naturaleza.

Como se hizo notar más arriba, el papel que se atribuye al Ministerio Fiscal no es en sí especialmente novedoso pues al margen de que se mantuviese el artículo 1.2 en su integridad, entiende este Consejo que antes crear una nueva categoría de órganos unipersonales debería basarse el peso de la tutela judicial integral en la existencia ya de instancias que pueden y deben asumir una función coordinadora. Es el caso del Ministerio Fiscal. **Resulta**

chocante que habiéndose anunciado un futuro protagonismo del Ministerio Fiscal en la reforma de la Justicia, en la Memoria económica se prevé que el gasto para tal Ministerio será cero, luego toda su actuación se basará en un Fiscal delegado y en la creación de secciones en las fiscalías ya existentes. Por el contrario será la organización judicial la que crecerá de forma que, como ya se anunció, una vez más todo dependerá de los jueces.

En definitiva, debe potenciarse aun más al Ministerio Fiscal como instrumento de seguimiento de las diferentes causas tanto penales como civiles en un mismo ámbito doméstico. En este sentido es contradictorio que el artículo 50 del Anteproyecto prevea que el Fiscal General del Estado nombrará, como delegado, un Fiscal contra la violencia sobre la mujer y que este delegado intervenga no en todas las causas penales sino sólo «*en aquellos procesos penales de especial trascendencia apreciada por el Fiscal General del Estado*» [artículo 18 quater 1 a) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal], mientras que para las causas civiles –teóricamente supeditadas a las penales- interviene siempre [artículo 18 quater 1 b) del Estatuto].

En segundo lugar y si es que la potenciación del fiscal no produce resultados positivos, más que por la creación de nuevos órganos debe apostarse, como se ha dicho, por la especialización funcional de los órganos ya existentes y una vez recaba experiencia sobre la incidencia de la ley y, sobre todo, sobre la incidencia de reformas procesales, decidir a medio plazo si es aconsejable crear o no un nuevo tipo de juzgados. Lo que no puede hacerse es crear primero un órgano que, presumiblemente, va a potenciar la litigiosidad.

VI

OBSERVATORIO NACIONAL DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER Y FORMACIÓN DE JUECES Y MAGISTRADOS

1. Observatorio Nacional de Violencia sobre la Mujer

El artículo 25 prevé, dentro de la tutela institucional, la creación del Observatorio Nacional de Violencia sobre la Mujer. Al respecto debemos llamar la atención sobre la existencia del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, ya creado como consecuencia del Convenio firmado el 26 de septiembre de 2002 por el Consejo General del Poder Judicial y los Ministerios de Justicia y de Trabajo y Asuntos Sociales, para el tratamiento de la violencia doméstica y de género en el ámbito de la Administración de Justicia.

Este Observatorio se creó con el objetivo de dotar efectividad a las actuaciones que cada una de las tres instituciones por separado desarrollaban en la materia, ampliándose su composición las Comunidades Autónomas con competencias en materia de justicia y a la Fiscalía General del Estado, cumpliendo así con el principio constitucional de coordinación administrativa en defensa, garantía y protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Desde su creación, el Observatorio ha realizado una importante labor.

Las actividades más importantes desarrolladas por el Observatorio son, entre otras, las siguientes:

1ª El trabajo de investigación de seguimiento de las Sentencias y resoluciones judiciales dictadas por los Jueces, a fin de conocer de que forma se aplican las leyes que las Cámaras legislativas aprueban y para evaluar la eficacia de las reformas legislativas.

2ª Creación de un Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, incluido en la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección y aprobado por Real Decreto 355/2004.

3ª Reuniones del Observatorio con colectivos y asociaciones implicados en la materia.

4ª Trabajos de divulgación especialmente entre jueces, fiscales, abogados, procuradores, administraciones públicas, universidades, asociaciones, Defensor del Pueblo, servicios sociales, etc.

5ª Creación de la Comisión de Seguimiento de la Orden de Protección integrada por representantes del Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Fiscalía General del Estado, Comunidades Autónomas con competencias en materia de Justicia, representantes de Colegios Profesionales en el ámbito de la Justicia y de la Federación de Municipios y Provincias, con competencias para la elaboración de protocolos de alcance general para la implantación de la Orden de Protección y de instrumentos adecuados para la coordinación entre Jueces y Tribunales y Administraciones Públicas. 6) Formación de Jueces y Magistrados, habiéndose celebrado en el año 2003 un congreso y tres cursos y en el año 2004 un seminario.

Este Consejo del Poder Judicial considera oportuna la supervivencia del Observatorio ya existente, dado que los ámbitos de actuación no tienen por qué solaparse, pues el ya creado no evalúa la violencia sobre la mujer en el ámbito educativo, laboral y funcional, ciñéndose al de la Administración de Justicia, ocupándose de la recogida de datos en relación con la actividad judicial, elaborando estadísticas y ocupándose de la formación específica de Jueces y Magistrados, sin perjuicio del establecimiento de fórmulas de cooperación entre ambos.

Se podría producir una confusión al utilizar la misma denominación, pero lo cierto es que en la Comunidad Autónoma de Madrid, ya existe otro Observatorio sobre Violencia Doméstica, sin que hasta el momento haya existido ningún conflicto o solapamiento de funciones.

En consecuencia, se sugiere que el artículo 25 se traslade a sede de Disposiciones adicionales con un contenido que haga referencia al Observatorio ya existente y a las oportunas medidas de coordinación que se entiendan pertinentes.

2. Formación de jueces y magistrados

El artículo 36 introduce una previsión inadecuada para el texto informado en cuanto que la formación de jueces y magistrados, por afectar a su estatuto profesional, es materia que debe reservarse a la Ley Orgánica del Poder Judicial, especialmente tras su reforma por la LO 19/2003, en particular los artículos 307 y 433 bis.

Pero es que, además, resulta inapropiado que se prevea que tanto este Consejo como el Gobierno y las Comunidades Autónomas (se supone que éstas dos instancias respecto del personal al servicio de la Administración de Justicia y Forenses, si bien nada se dice de los secretarios judiciales) deban asegurar que los jueces y magistrados tengan una formación específica relativa a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, es decir, una formación sobre el artículo 14 de la Constitución. Basta acercarse al programa de Oposiciones para el ingreso en la Carrera Judicial, al programa docente de la Escuela Judicial aprobado por unanimidad por este Consejo como a los diversos cursos de los planes de formación continua –también aprobados por unanimidad- para deducir que esto hace años que se viene haciendo.

En consecuencia, es más aconsejable que este artículo 36, al menos en lo que hace a jueces y magistrados, se lleve a sede de Disposiciones adicionales con el contenido de que el Consejo General del Poder Judicial, de conformidad con los citados artículos de la Ley Orgánica del poder Judicial, seguirá impulsando en los planes de formación la organización de actividades referentes a la violencia doméstica en general y sobre la mujer en particular, así como sobre la igualdad.

VII

BREVE ANÁLISIS DE OTRAS MEDIDAS PROPUESTAS

Se abordan aquellas otras cuestiones que afectan a la potestad de informe del Consejo en cuanto que se refieren a «*normas procesales o que*

afecten a aspectos jurídico constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de Derechos Fundamentales» [artículo 1081. e) Ley Orgánica del Poder Judicial]

1. Medidas de sensibilización: la publicidad y los medios de comunicación

El anteproyecto modifica la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, con el fin de introducir un mayor respeto a la dignidad de las mujeres y a la igualdad entre hombres y mujeres y su derecho a una imagen no estereotipada ni discriminatoria, tanto si se exhibe en los medios de comunicación públicos como privados, tal y como se recoge en la exposición de motivos del anteproyecto. Igualmente configura la acción de cesación o rectificación de la publicidad estando legitimados para ello las instituciones y asociaciones que trabajan en favor de la igualdad.

En el artículo 7 del anteproyecto se considera ilícita la utilización de la imagen de la mujer como objeto de publicidad con carácter vejatorio o discriminatorio. Al respecto hay que decir que ya el actual artículo 3 de la Ley General de Publicidad, en su letra a) considera ilícita *«la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer»*. **Por lo tanto, la medida de sensibilización prevista en el precepto que comentamos ya existía en nuestro ordenamiento jurídico, y no sólo por la general protección de la dignidad de cualquier persona, considerando ilícita la publicidad que atente contra la misma, sino también de forma especial al aludir a la mujer. Por todo ello, en principio este precepto no aporta nada especial a la especial protección que en materia de publicidad ya se dispensaba a la mujer.**

No obstante, la **Disposición Final Cuarta, Uno**, modifica expresamente el artículo 3 letra a) de la Ley General de Publicidad para adaptarlo al contenido del artículo 7 del Anteproyecto. La diferencia es que ahora existe una especial referencia a los valores y derechos reconocidos en los artículos 18 y 20. 4, de la Constitución Española. Con ello se refuerzan los derechos del artículo 18, lo que

no quiere decir que no se siga considerando como ilícita la publicidad que atente contra el resto de valores y derechos reconocidos constitucionalmente y, aún siendo importante la mención al artículo 20. 4, muy bien podría prescindirse de la misma toda vez que por ser una norma constitucional se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico, vincula a los poderes públicos y particulares y es reiterada la jurisprudencia constitucional que se ha referido al mismo a la hora de establecer el límite a las libertades reconocidas en el artículo 20.

En el mismo artículo 3, letra a) Ley General de Publicidad se introduce un segundo párrafo que a modo de explicación considera incluidos en la previsión anterior «*los anuncios que presenten de forma particular y directa el cuerpo de la mujer en forma vejatoria o su imagen asociada a comportamientos estereotipados que impliquen discriminación*». Desde la lógica jurídica y atendiendo a un interpretación *secundum constitutionem* de los preceptos anteriormente citados podría sobrar este segundo párrafo, pues la utilización del cuerpo o de la imagen de la mujer de forma vejatoria siempre atenta contra su dignidad. No obstante, puede contribuir a aclarar el precepto en especial cuando su cuerpo o imagen aparece asociada a comportamientos estereotipados que impliquen discriminación. Con todo y frente a la anterior redacción de la norma, es criticable que se haya excluido la expresa protección que se concedía en materia de publicidad a la infancia y a la juventud.

En artículo 8 del Anteproyecto se reconoce legitimación activa para solicitar la cesación o rectificación de publicidad ilícita por utilizar en forma vejatoria o discriminatoria la imagen de la mujer a la Delegación del Gobierno contra la violencia contra la mujer, el Instituto de la Mujer y las Asociaciones de Consumidores y Usuarios y las que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer. En cuanto a la Delegación del Gobierno nos remitimos a lo dicho más arriba, lo que se confirma a la vista de la expresa legitimación del Instituto de la Mujer que sí es organismo autónomo.

El precepto se completa con lo establecido en la **Disposición Adicional Cuarta, Dos**, por la que se modifica la Ley General de Publicidad y adiciona un nuevo apartado 1 bis) en el artículo 25 de la Ley General de Publicidad. Aparte

de no entenderse muy bien el por qué se hace necesario que en el texto de una ley se anticipe una determinada forma de legitimación activa cuando más adelante se va a proceder a modificar realmente la norma en la que se regula la materia esa forma de legitimación, el precepto no merece mayor comentario en cuanto que responde a lo establecido en la Ley General de Publicidad en relación con las Directivas Comunitarias que se han ocupado de las acciones de cesación y que dieron lugar a la promulgación de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al Ordenamiento Jurídico Español de diversas Directivas Comunitarias en materia de Protección de Consumidores y Usuarios que modificó los artículos 25 y 26 y añadió un nuevo artículo 29 a la Ley 34/1988.

Realmente estos preceptos ya permitían la legitimación activa para solicitar del anunciante la cesación o rectificación de la publicidad considerada ilícita, no sólo a las personas naturales o jurídicas afectadas, sino en general a quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo y, cuando la publicidad ilícita afecte a intereses colectivos o difusos, pueden solicitar la cesación o rectificación el Instituto Nacional del Consumo y órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, Asociaciones de Consumidores y Usuarios, legalmente constituidas, Entidades de otros estados miembros de la Comunidad Europea que cumplan los requisitos del artículo 29 de la Ley y en general, los titulares de un derecho o un interés legítimo. No obstante, por la importancia procesal que tiene la perfecta determinación de la legitimación activa, puede ser conveniente la introducción en el precepto, para aquellos casos para los que la publicidad sea ilícita por afectar a la imagen de la mujer, de los organismos y entidades a los que hemos hechos referencia, aunque sistemáticamente sería más correcto no introducir un nuevo apartado 1bis), sino numerar el precepto como número 3, quedando el actual 3 como número 4.

En la **Disposición Final Cuarta, Tres**, se adiciona una Disposición Adicional a la Ley General de Publicidad, cuyo primer párrafo sobra desde el momento en que se limita a decir que la acción de cesación se ejercitará en la forma prevista en los artículos 26 y 29 de la Ley General de Publicidad excepto

en materia de legitimación que la tendrán las personas y las instituciones a que se refiere el artículo 25.1bis), introducido por el Anteproyecto de Ley que comentamos, lo cual es evidente y ya está recogido en los correspondientes preceptos.

Más trascendencia tiene el segundo párrafo que atribuye la competencia para conocer estas acciones de cesación a los juzgados de Violencia, atribución competencial que no tiene mucho sentido dada la particular materia de la que se verán obligados a conocer y que no guarda ninguna relación con la idea de que unos mismos jueces conozcan de toda la problemática civil y penal que se puede plantear en relación con la violencia sobre una misma mujer y en el mismo ámbito. En efecto, la publicidad denigrante para la mujer lo será siempre con carácter general y no referida a una mujer concreta ni víctima de concretos actos de violencia, siendo el objeto de protección en estos casos siempre difuso: precisamente por ello se legitima activamente para el ejercicio de las acciones a los colectivos a los que antes hemos hecho referencia. Además siendo estos juzgados una especialidad del orden penal, la idea de que con tales previsiones se “criminaliza” también esta publicidad y sólo para la mujer, ahonda en las ideas ya analizadas de indebida concepción de la discriminación positiva y de que se está ante una jurisdicción especial por razón del sexo.

El artículo 9 del Anteproyecto establece que los medios de comunicación de titularidad pública velarán por la protección y salvaguarda de la igualdad entre hombre y mujer, evitando toda discriminación ilícita entre ellos. Si se parte del principio de que lo que se pretende es una protección integral de la mujer, defendiendo hasta sus últimas consecuencias su dignidad e igualdad y prohibiendo cualquier forma de discriminación, tal y como se reconoce en nuestra Constitución y en los Tratados Internacionales ratificados por España, y además los preceptos constitucionales y al resto del ordenamiento vinculan a todos los ciudadanos y a los poderes públicos, **no sólo los medios de titularidad pública sino también los de titularidad privada deben velar por la protección y salvaguarda de la igualdad entre hombre y mujer.**

Es cierto que, por ejemplo, el Estatuto de la Radio y la Televisión, aprobado por Ley 4/1980, de 10 de enero, obliga a los medios de comunicación social del Estado a respetar el honor, la fama, la vida privada de las personas y cuantos derechos y libertades reconoce la Constitución y el respeto de los valores de igualdad recogidos en el artículo 14 de la Constitución y la Exposición de Motivos de la propia Ley al referirse a la radiodifusión y la televisión como un servicio público esencial, cuya titularidad corresponde al Estado los considera como un medio capital para contribuir a que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas con especial atención a la protección de los marginados y a la no discriminación de la mujer. En términos parecidos se manifiesta el artículo 5 de la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del Tercer Canal de Televisión en cada Comunidad Autónoma. Por otra parte la Ley 25/1994, de 12 de julio, incorpora al Ordenamiento Jurídico Español la Directiva 89/552/CEE, sobre la Coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros relativos al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva y en su artículo 9 considera ilícita la publicidad que atente al debido respeto a la dignidad humana o discrimine por cualquier motivo, incluido el sexo.

2. Sobre la asistencia social y la asistencia jurídica gratuita

a) Legitimación penal de los determinados servicios sociales

El artículo 14 establece una **legitimación especial de los servicios sociales de atención, de emergencia, de apoyo y de recuperación integral de la mujer, para solicitar del juez las medidas urgentes que considere necesarias.**

No debe confundirse la posibilidad de que los servicios sociales pongan en conocimiento del juez la situación detectada y la necesidad de adoptar medidas con carácter urgente con la legitimación, en sentido procesal, para la solicitud de las medidas. De nueva estamos ante órganos y no organismos o entidades carentes de personalidad y, por tanto, de capacidad procesal. La Ley 27/2003, de 31 de julio había dispuesto en el artículo 2.2 que la orden de

protección será acordada por el juez de oficio o a instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en el apartado anterior, o del Ministerio Fiscal. Y sin perjuicio del deber general de denuncia previsto en el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados, que tuvieran conocimiento de alguno de los hechos mencionados en el apartado anterior deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del juez de guardia o del Ministerio Fiscal con el fin de que se pueda incoar o instar el procedimiento para la adopción de la orden de protección.

Además parece suficiente la participación de los servicios sociales que ya contempla la citada ley, que reconoce la posibilidad de que la orden de protección pueda solicitarse ante los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas, y de que los servicios sociales y las instituciones referidas anteriormente faciliten a las víctimas de la violencia doméstica a las que hubieran de prestar asistencia la solicitud de la orden de protección, poniendo a su disposición con esta finalidad información, formularios y, en su caso, canales de comunicación telemáticos con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal.

En suma, la solicitud corresponde a la víctima o las personas destinatarias de las medidas de protección, sin perjuicio de la colaboración de los servicios sociales. Pero no se encuentra una justificación razonable para que la ley atribuya a los servicios sociales legitimación para solicitar del Juez las medidas urgentes.

Por ejemplo, el artículo 21 de la Ley 16/03, de 8 de abril, de prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género de Canarias, atribuye más adecuadamente a los servicios sociales la función de denunciar ante las autoridades competentes las situaciones de violencia de que tuvieran conocimiento, previa conformidad de la víctima y de colaborar con las autoridades competentes en la adopción de medidas asistenciales que tengan por objeto la protección de la víctima ante futuras situaciones de violencia de

género, o la aportación de medios probatorios relacionados con la comisión de actos de violencia.

b) Asistencia jurídica gratuita

El artículo 15 debe ponerse en relación con la Ley 1/96, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita y de los Reglamentos de desarrollo dictados en el ámbito estatal y autonómico. Sin embargo, sería conveniente para mantener la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico que se procediese a la reforma de la citada Ley 1/96, incorporando el artículo 15 pues no es aconsejable que la voluntad “integral” se predique de la ley informada a costa de perder su carácter integral aquellas otras leyes especiales que regulan materias también reguladas en el texto informado.

En todo caso, el texto informado supone un importante paso si bien sería conveniente que se extienda la asistencia jurídica gratuita también a la información previa a cualquier actuación procesal, a través de los convenios que sean procedentes con los colegios profesionales y con las Administraciones Autonómicas. Del mismo modo, debe completarse el precepto con una referencia al artículo 21 de la Ley 1/96 ya que en concreto en estos casos de violencia sobre la mujer, es donde más justificado está el que el órgano judicial asegure de forma inmediata los derechos de defensa y representación, no sólo del denunciado sino también de la víctima y, por lo tanto, en atención a las circunstancias y urgencia del caso, debe dictarse una resolución motivada requiriendo de los colegios profesionales el nombramiento provisional de abogado y de procurador, tramitándose a continuación la solicitud, según lo previsto en la Ley.

3. Derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social.

El artículo 16 del Anteproyecto enumera una serie de derechos laborales y de seguridad social que conllevan la modificación del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley General de la Seguridad Social en las Disposiciones Finales Quinta y Sexta. Sin perjuicio de los comentarios que se harán a estas

Disposiciones Finales, el artículo 16.3 considera como justificadas las ausencias del trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia sobre la mujer, cuando así lo determinen los servicios sociales de atención. Este precepto debe ponerse en relación con el artículo 54.2 a) del mismo Estatuto de los Trabajadores a efectos de despido disciplinario y con el artículo 5 relativo a los deberes básicos de los trabajadores.

A propósito de estos extremos el artículo 18 permite acreditar la situación de violencia sobre las trabajadoras -a los efectos previstos en el capítulo relativo a derechos laborales y prestaciones de seguridad social- aportando la orden de protección o, en su defecto, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia sobre la mujer. Esta orden, tal y como se ha visto, puede ser dictada por el juez de Violencia o por el de Instrucción en funciones de guardia y al respecto sí que hay que advertir, tal y como ya se hizo antes, que si el texto informado encierra riesgos de instrumentalizar la vía penal con miras a litigios civiles, con estas previsiones también hay que entender que ese riesgo alcanza, además, al ámbito de las relaciones laborales. En cuanto a que estas previsiones se ciñan sólo a la mujer trabajadora, nos remitimos a lo expuesto sobre el ámbito de aplicación de la ley. En todo caso se podrá alegar que esta posibilidad ya existe con la Ley 27/2003, cierto, de ahí que se haya aconsejado no generar más confusión procesal con el texto informado –que acentúa esos riesgos- y estar a una mayor y más detenida evaluación del régimen de la orden de protección antes que extenderlo.

Por otra parte la Disposición Final Quinta modifica algunos artículos de la Ley del Estatuto de los Trabajadores para hacer efectivos los derechos laborales y de seguridad social antes anunciados, por lo que de alguna forma el contenido de los apartados 1 y 2 del artículo 16 del Anteproyecto no tiene mucho sentido.

Si bien estas medidas pueden contribuir a proteger eficazmente a las víctimas de esta forma de violencia, no obstante conviene precisar que la causa de extinción del contrato de trabajo que ahora se introduce en la letra m) del apartado 1º del artículo 49 de Estatuto de los Trabajadores no deja de ser una

forma de extinción por voluntad del trabajador con la especialidad, frente a lo previsto en la letra d), de que aquí existe una causa de fuerza mayor y además no es necesario el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar.

En la Disposición Final Sexta se modifica la Ley General de la Seguridad Social para considerar que el período de suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto, tendrá la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la seguridad social. Y debe entenderse -por la modificación de la letra e) del apartado 1.1 y por la modificación del apartado 1.2 del artículo 208 de la Ley General de la Seguridad Social- que estas trabajadoras afectadas por la situación de violencia se encontrarán en situación legal de desempleo a todos los efectos, obteniendo las correspondientes prestaciones, sin perjuicio de lo que pueda resultar del programa de acción específico que, en el marco del Plan de Empleo del Reino de España, prevé el artículo 17 del Anteproyecto.

4. Derechos de las funcionarias públicas objeto de violencia

Se facilitan los derechos de traslado, excedencia voluntaria y adaptación del tiempo de trabajo de las funcionarias públicas afectadas por violencia sobre su persona. Las normas que se contienen en los artículos 19 a 21 se completan con la Disposición Final Séptima que modifica la Ley 30784, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

Al respecto únicamente conviene llamar la atención sobre el hecho de que la Disposición Final citada en su punto tres añade una nueva letra e) en el artículo 29.3 de la Ley 30/84, para conceder la excedencia voluntaria por interés particular a las funcionarias públicas víctimas de violencia sobre la mujer, cuando tal vez y desde un punto de vista sistemático, fuese más conveniente regularlo como un número distinto, dadas las especiales características de esta forma de excedencia que no queda sometida a plazo de permanencia y que durante los seis primeros meses da derecho a la reserva del puesto de trabajo, del mismo

modo que se regula en número aparte, el 4 del artículo 29, la excedencia por cuidado de hijos.

Por lo demás y en cuanto a los efectos de las resoluciones penales que se dicten al amparo de la ley informada y que el beneficio de estas posibilidades sea sólo la mujer funcionario, sólo cabe remitirse a lo ya expuesto en el anterior apartado.

VIII

CONCLUSIONES

A tenor de todo lo expuesto las principales conclusiones a las que llega el Consejo General del Poder Judicial son las siguientes:

- 1^a** La gravedad del fenómeno de la violencia doméstica en general, especialmente intenso en el caso de las mujeres, merece el esfuerzo de que la reacción del Estado de Derecho sea lo más enérgica y eficaz posible, de ahí que habría que dar la bienvenida a una iniciativa más, como la informada, si es que ayuda a perfeccionar jurídicamente esa reacción. Sin embargo hay dudas más que fundadas de que se vaya a aportar más racionalidad y eficacia al sistema.
- 2^a** El texto informado forma parte de un conjunto de iniciativas legales desarrolladas en los últimos años -en especial en la anterior legislatura-, tanto estatales como autonómicas, en cuyo ámbito ya hay leyes integrales y más en concreto normas de protección como es la orden de protección creada por la Ley 27/2003 (§ IV. 1)
- 3^a** Nace en un contexto en el que la protección de la víctima de la violencia doméstica es uno de los objetivos principales de la política criminal, luego no nace en un escenario de escasez de medidas, sino de una pluralidad de iniciativas legislativas ya en vigor, pero que por su corto espacio de

vigencia no permite aún valorar su eficacia real para combatir el fenómeno social de la violencia doméstica [§ V. 2. a)]

- 4ª** Especialmente preocupante es que cuando en aun es muy reciente la implantación del régimen de la orden de protección (Ley 27/2003) se añade ahora un régimen paralelo que puede generar solapamientos, confusionismo procesal e interferencias competenciales. Antes abordarse una iniciativa como la informada debería esperarse a una evaluación más detallada del régimen de la Ley 27/2003.
- 5ª** Pese a su carácter integral, ante un problema social de primera magnitud, diverso en sus causas y manifestaciones, opta por una marcada judicialización de las soluciones. (§ IV. 1)
- 6ª** No se juzga acertado que regule sólo la violencia sobre la mujer: una ley integral debe abarcar todos los ámbitos en los que se manifiesta la violencia doméstica. (§ IV. 2)
- 7ª** La mujer no obtiene mayor protección por el hecho de que la ley la proteja tan sólo a ella, excluyendo de su ámbito a menores, ancianos o, incluso, al hombre. [§ IV. 2. c)]
- 8ª** La llamada discriminación positiva llevada al ámbito penal y judicial conduce a la censurable discriminación negativa. En estos ámbitos se parte de situaciones de igualdad: nada se añade a la tutela judicial de la mujer el hecho de excluirse a los hombres de la tutela de los Juzgados de Violencia sobre la mujer.(§ IV. 3)
- 9ª** No es aceptable un concepto de violencia sobre la mujer -del que depende toda la aplicación de la ley- basado en la intencionalidad del agresor. (§ V.1)
- 10ª** Es objetable constitucionalmente que pasen a delito las amenazas y coacciones leves sólo cuando el ofendido sea mujer. [§ V. 2 d)]

- 11^a** Que esos delitos se basen tan sólo en que el agresor sea hombre y presumiéndose en la ley su intencionalidad, lleva al derecho penal de autor, incompatible con la Constitución. [§ V. 2 d)]
- 12^a** El tipo agravado de lesiones se basa en la presunción de inferioridad de la mujer, sin que tal regla se aplique a menores, ancianos o minusválidos, todos ellos susceptibles también de ser víctimas de violencia doméstica. [§ V. 2 e)]
- 13^a** Es positivo que se vaya a una especialización mayor en los órganos judiciales siempre que su objeto sea conocer de todo el fenómeno de la violencia doméstica. (§ V. 3).
- 14^a** Carece de justificación crear una nueva categoría de juzgados sólo para mujeres, lo que lleva a una suerte de jurisdicción especial basada en la intención del agresor y el sexo de la víctima. Si los órganos judiciales no pueden crearse por razones de raza, ideología, creencias, tampoco pueden serlo por razones de sexo. (§ V. 3)
- 15^a** Antes que crearse Juzgados de Violencia sobre la Mujer debe procurarse la especialización funcional de los ya existentes, así como aprovechar la coordinación potenciando al Ministerio Fiscal y los instrumentos procesales ya existentes. (§ V. 3 y 6)
- 16^a** La inserción de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en el orden penal, lleva a “criminalizar” las causas civiles que se les atribuye, así como a potenciar el riesgo de que sean instrumentalizados. Si esto ya se detecta con la vigente Ley 27/2003 sería más prudente evaluar aun más la aplicación de esta ley antes que crear un nuevo sistema paralelo que aumenta ese riesgo. (§ V. 4)

- 17^a** Carece de sentido procesal atribuir a esos órganos insertados en el orden penal la competencia para conocer de acciones civiles contra la publicidad vejatoria, aspecto éste ajeno a la violencia sobre la mujer.[§ V. 4. h)]
- 18^a** Las reglas de competencia no pueden basarse en el sexo de la víctima ni en la intención del agresor. De ser así se llegará a situaciones absurdas en las que un mismo hecho, con unos mismos sujetos, puede ser competencia de órganos diferentes por esa intencionalidad lo cual se apreciará siempre al final y no al inicio de las actuaciones. .(§ V. 4)
- 19^a** El derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley queda comprometido desde el momento en que queda a merced de la mujer la elección del juez competente en función de que acuda a las medidas de protección que el texto le ofrece.[§ v. 4. c)]
- 20^a** Los juicios rápidos y la orden de protección se han previsto para que se ventilen en el ámbito de los Juzgados de Instrucción de guardia. La mayor parte de los delitos contra la mujer son competencia de esos juzgados y se tramitan por esa clase de juicios, luego no por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer con lo cual la pretendida especialización queda cuestionada. .[§ v. 4. d)]
- 21^a** Debe plantearse llevar al texto informado algunos de los protocolos e iniciativas de la Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección. Igualmente debe mantenerse el actual Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género creado en 2002 por el Consejo General del Poder Judicial y los Ministerios de Justicia y Trabajo y Asuntos Sociales antes que crear en la ley informada un nuevo Observatorio que se solape con el ya existente. [§ V. 4. g) y VI]