



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN, SECRETARI GENERAL DEL CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL,

CERTIFICO: QUE EL PLE DEL CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL, EN LA REUNIÓ DEL DIA DE LA DATA, HA APROVAT L'INFORME SOBRE L'AVANTPROJECTE DE LLEI ORGÀNICA INTEGRAL DE MESURES CONTRA LA VIOLÈNCIA EXERCIDA SOBRE LA DONA, DEL TENOR LITERAL SEGÜENT:

ÍNDEX

- I ANTECEDENTS**
- II POTESTAT D'INFORME DEL CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL**
- III ESTRUCTURA DE L'AVANTPROJECTE DE LLEI ORGÀNICA**
- IV CONSIDERACIONS GENERALS SOBRE EL PROJECTE**

- 1. Antecedents legislatius, caràcter integral de la Llei i judicialització del problema
- 2. Sobre l'àmbit de la protecció de la Llei integral: exclusió d'homes, menors o ancians
 - a) La violència segons el text del qual es fa l'informe
 - b) Violència i relacions de subordinació: la violència domèstica
- 3. L'Avantprojecte i la «discriminació positiva»
 - a) Què és la discriminació positiva?
 - b) L'àmbit natural de la discriminació positiva.
 - c) El que és inapropiat de la discriminació positiva en els àmbits penal i judicial

V ANÀLISI DE LES MESURES CONCRETES PROPOSADES

- 1. Sobre el concepte de violència exercida sobre la dona
 - a) Importància del concepte
 - b) Introducció indeguda de l'element intencional en la definició
 - c) Efectes distorsionants que es poden vaticinar
 - d) Definicions que se suggereixen



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

2. Sobre la reforma del Codi penal
 - a) Antecedents legislatius
 - b) Novetats de l'Avantprojecte
 - c) Paper de la tutela penal en la violència contra la dona
 - d) La tipificació com a delictes de les amenaces i coaccions lleus sobre la dona
 - e) L'agreujament del delictes de lesions
3. Sobre la creació dels jutjats de violència sobre la dona
4. Sobre les regles de distribució de competència
 - a) Atribució de competències penals
 - b) Atribució per *vis atractiva* de competències civils al jutge de violència sobre la dona
 - c) Sobre la pèrdua sobrevinguda de competència objectiva: dret al jutge ordinari
 - d) La competència territorial penal en funció del domicili de la víctima
 - f) De la competència per connexió
 - g) Protocols elaborats per la Comissió de Seguiment de l'Ordre de Protecció
 - h) Publicitat vexatòria i competència del jutge de violència
5. Sobre la legitimació processal de la Delegació del Govern contra la Violència sobre la Dona
6. Sobre les funcions del ministeri fiscal

VI OBSERVATORI NACIONAL DE VIOLÈNCIA SOBRE LA DONA I FORMACIÓ DE JUTGES I MAGISTRATS

1. Observatori Nacional de Violència sobre la Dona
2. Formació de jutges i magistrats

VII BREU ANÀLISI D'ALTRES MESURES PROPOSADES

1. Mesures de sensibilització: la publicitat i els mitjans de comunicació
2. Sobre l'assistència social i l'assistència jurídica gratuïta



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- a) Legitimació penal dels serveis socials determinats
 - b) Assistència jurídica gratuïta
- 3. Drets laborals i prestacions de la Seguretat Social
 - 4. Drets de les funcionàries públiques objecte de violència

VIII CONCLUSIONS



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

I

ANTECEDENTS

En data 7 de juny va tenir entrada el text d'Avantprojecte de Llei orgànica integral de mesures contra la violència exercida sobre la dona, que l'Excm. Sr. Ministre de Justícia va remetre el dia 4 anterior a aquest Consell General del Poder Judicial als efectes previstos a l'article 108 de la Llei orgànica del poder judicial.

L'Excm. Sra. **Montserrat Comas d'Argemir i Centra** va ser designada ponent per a l'elaboració de l'informe corresponent, però no va ser aprovat en reunió de la Comissió d'Estudis i Informes del 15 de juny del 2004 i la comissió va acordar la designació d'un nou ponent, que va recaure en l'Excm. Sr. **José Luis Requero Ibáñez**, i elevar al Ple la petició de pròrroga al Govern de la Nació, atès que l'emissió de l'informe s'havia sol·licitat pel tràmit d'urgència al qual fa referència l'article 108.2, davant la impossibilitat d'evacuar l'informe en el termini breu de quinze dies comptats des de la recepció del text de l'Avantprojecte.

El Ple del CGPJ va acordar en la sessió plenària del dia 17 de juny convocar un nou Ple extraordinari amb la finalitat d'evacuar l'informe en el termini de quinze dies sol·licitat inicialment pel Govern de la Nació.

En la Comissió d'Estudis que es va fer el dia 21 de juny del 2005 es va aprovar l'informe elaborat pel ponent i se'n va acordar la remissió al Ple per a l'aprovació definitiva.

II

POTESTAT D'INFORME DEL CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

1. L'activitat informadora del Consell General del Poder Judicial es regula a l'article 108 de la Llei orgànica del poder judicial, fonamentalment pel que fa als avantprojectes de lleis i disposicions generals de l'Estat i de les



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

comunitats autònomes que afectin totalment o parcialment, entre d'altres matèries expressades a la resta de l'article 108.1 de la Llei esmentada, les *«normes processals o que afectin aspectes jurídic-constitucionals de la tutela davant els tribunals ordinaris de l'exercici de drets fonamentals i qualssevol d'altres que afectin la constitució, organització, funcionament i govern dels jutjats i tribunals»* així com *«les lleis penals i normes sobre règim penitenciari»*.

No obstant això, la potestat d'informe del Consell General del Poder Judicial ha estat entesa en termes amplis. Així, el Consell General del Poder Judicial ha anat delimitant l'àmbit de la seva potestat d'informe partint de la distinció entre un àmbit estricte, que coincideix en termes literals amb l'àmbit material definit a l'article esmentat 108.1 de la Llei orgànica del poder judicial, i un àmbit ampliat que es deriva de la posició del Consell com a òrgan constitucional de govern del Poder Judicial. Per tant, en el primer àmbit, l'informe que cal emetre s'ha de referir, de manera principal, a les matèries previstes en el precepte esmentat i eludir, amb caràcter general com a mínim, la formulació de consideracions relatives al contingut del Projecte en totes les qüestions no incloses en l'esmentat article 108 de la Llei orgànica del poder judicial. Pel que fa a l'àmbit ampliat, el Consell General del Poder Judicial ha d'expressar el seu parer també sobre els aspectes del Projecte que afectin drets i llibertats fonamentals, en raó de la posició prevalent i d'eficàcia immediata de què gaudeix per disposició expressa de l'article 53 de la Constitució. En aquest punt cal partir especialment dels pronunciaments del Tribunal Constitucional, com a intèrpret suprem de la Constitució, les resolucions del qual dictades en tot tipus de processos són la font directa d'interpretació dels preceptes i els principis constitucionals i vinculen tots els jutges i tribunals.

A més de tot l'anterior, d'acord amb el principi de col·laboració entre els òrgans constitucionals, el Consell General del Poder Judicial ha anat indicant



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

l'oportunitat d'efectuar en els seus informes altres consideracions, relatives tant a qüestions de pura tècnica legislativa, o terminològiques, amb l'ànim de contribuir a millorar la correcció dels textos normatius, com a la seva aplicabilitat efectiva i incidència sobre els processos jurisdiccionals, com sigui que són els òrgans jurisdiccionals els que han d'aplicar posteriorment, en la pràctica, les normes corresponents.

2. L'Avantprojecte sotmès a informe conté disposicions que afecten directament l'organització i el funcionament de jutjats i tribunals, normes processals i normes substantives que afecten aspectes jurídico-constitucionals de la tutela davant els tribunals ordinaris en l'exercici de drets fonamentals, i lleis penals, fet pel qual ens trobem davant l'àmbit mateix que la Llei orgànica del poder judicial considera que ha de ser objecte d'informe de l'òrgan de govern dels jutges i tribunals.

Al marge de tota consideració sobre l'oportunitat política de l'Avantprojecte, aquest Consell s'ha de pronunciar sobre l'adequació a la Constitució de la norma projectada, sobre la incidència que la nova norma té en l'organització judicial, sense perjudici d'abordar altres aspectes d'ordre tècnic del text normatiu projectat.

III

ESTRUCTURA DE L'AVANTPROJECTE DE LLEI ORGÀNICA

L'Avantprojecte remès consta d'una exposició de motius, un títol preliminar, cinc títols, vuit disposicions addicionals, dues de transitòries, una derogatòria i setze disposicions finals.

L'exposició de motius es divideix en tres parts, en les quals s'analitza el



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

fenomen de la violència exercida sobre la dona i la necessitat que els poders públics participin a lluitar-hi en contra mitjançant mesures suficients per fer reals i efectius els drets a la llibertat, a la igualtat i a la no-discriminació, tot això des d'un enfocament global, tal com recomanen els organismes internacionals. Per això s'insisteix en abraçar aspectes preventius, educatius, socials, assistencials i d'atenció posterior a les víctimes, sense perjudici de la tutela penal i judicial. A l'apartat III es resumeix el contingut de la Llei, títol per títol, i pel que importa a aquest informe s'opta per l'agregament dels delictes específics comesos sobre les dones i s'insisteix que els procediments han de ser àgils i sumaris i han de compaginar els aspectes civils i penals i optar per la creació dels jutjats de violència sobre la dona com a fórmula d'especialització dins de l'ordre penal.

El títol preliminar s'ocupa en els seus dos articles de l'objecte de la Llei i dels objectius i principis que la inspiren.

El títol I regula les mesures de sensibilització, i per això tracta, als tres capítols, l'àmbit educatiu, l'àmbit de la publicitat i dels mitjans de comunicació i l'àmbit sanitari.

El títol II recull els drets de les dones víctimes de violència de manera que en el capítol I es regula la garantia dels drets de les víctimes, el dret a la informació, el dret a l'assistència social integral i l'assistència jurídica. El capítol II regula els drets laborals i de seguretat social, un programa específic d'ocupació en el marc del Pla d'Ocupació del Regne d'Espanya i l'acreditació de les situacions de violència exercida sobre les treballadores. El capítol III s'ocupa dels drets de les funcionàries públiques, entre els quals hi ha el dret de trasllat i a l'excedència voluntària, el dret a l'adaptació del temps laboral i l'acreditació de les situacions de violència exercida sobre les funcionàries. Per últim, el capítol IV regula els drets econòmics, en els quals s'inclouen ajudes socials i prioritat per a l'accés a l'habitatge.



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

El título III fa referència a la tutela institucional, i s'hi preveu la creació de la Delegació de Govern contra la Violència sobre la Dona i l'Observatori Nacional de Violència sobre la Dona, al mateix temps que la creació d'unitats especialitzades en les forces i cossos de seguretat de l'Estat i la participació de les policies locals, amb l'elaboració de plans de col·laboració entre les diferents administracions amb competències en la matèria.

El título IV regula la tutela penal i destaca l'obligació de l'Observatori Nacional de Violència sobre la Dona de remetre al Govern, amb periodicitat anual, un informe sobre l'aplicació dels articles 148.4, 171.4 i 172.2 del Codi penal, al mateix temps que s'introdueixen reformes en els articles 171 i 172 del Codi penal i es preveu la realització de programes específics per a interns condemnats per aquest tipus de delictes.

El título V s'ocupa de la tutela judicial i es divideix en cinc capítols, amb el contingut següent: dels jutjats de violència sobre la dona (organització territorial, competència, recursos en matèria penal, recursos en matèria civil, formació, planta inicial dels jutjats de violència sobre la dona); normes processals civils (pèrdua de competència objectiva quan hi hagi actes de violència sobre la dona); normes processals penals (competència territorial, competència per connexió); mesures judicials de protecció i de seguretat de les víctimes (disposicions generals, ordre de protecció, protecció de dades i limitacions de la publicitat, mesures de sortida del domicili, allunyament o suspensió de les comunicacions, mesures de suspensió de la pàtria potestat o la custòdia de menors, del règim de visites, del dret a la tinença, port i ús d'armes, garanties per a l'adopció de les mesures i manteniment de les mesures cautelars), i del fiscal contra la violència sobre la dona.

Les disposicions addicionals regulen la pensió de viduïtat, els protocols



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

d'actuació, la modificació del reglament penitenciari, l'avaluació de l'aplicació de la Llei, les referències i habilitació normativa, la dotació del fons per al funcionament de l'assistència social integral i els convenis en matèria d'habitatge.

Les disposicions transitòries regulen l'aplicació de mesures i la competència dels òrgans que actualment coneixen dels processos civils o penals relacionats amb la violència sobre la dona, mentre que la disposició derogatòria única deroga totes les normes, de rang igual o inferior, que s'oposin al que estableix la Llei.

Per últim, les disposicions finals modifiquen preceptes de les diferents lleis que es veuran afectades per la Llei orgànica integral de mesures contra la violència exercida sobre la dona, com són la Llei orgànica d'ordenació general del sistema educatiu, la Llei orgànica reguladora del dret a l'educació, la Llei orgànica de qualitat de l'educació, la Llei general de publicitat, l'Estatut dels treballadors, la Llei general de la Seguretat Social, la Llei de mesures per a la reforma de la funció pública, la Llei orgànica del poder judicial, l'Estatut orgànic del ministeri fiscal, el Codi penal, la Llei de planta i demarcació judicial i la Llei d'enjudiciament criminal. Les quatre disposicions finals darreres s'ocupen de la transposició de la Directiva 2002/73/CE del Parlament Europeu i del Consell, de l'habilitació competencial, de la naturalesa de la Llei i de la seva entrada en vigor i desenvolupament reglamentari.

S'acompanya amb una memòria econòmica amb l'estimació del cost de les mesures que afecten les competències dels ministeris de Treball i Assumptes Socials, d'Educació i Ciència, del Ministeri de Justícia i del Ministeri de l'Interior. En l'apartat relatiu a l'estimació del cost de les mesures que afecten el Ministeri de Justícia s'analitza la planta dels jutjats de violència sobre la dona, els costos estimats de creació dels nous jutjats i de l'adaptació



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

dels ja existents, l'impacte econòmic que representa l'extensió de l'assistència jurídica gratuïta, de la creació de la figura del Fiscal Delegat contra la Violència de Gènere, del servei de traducció al llenguatge de signes i de la creació d'unitats de valoració forense integral de la violència.

IV

CONSIDERACIONS GENERALS SOBRE L'AVANTPROJECTE

1. Antecedents legislatius, caràcter integral de la Llei i judicialització del problema

Amb la Llei orgànica projectada continua un procés de reformes legals, tant estatals com autonòmiques, la finalitat de les quals és perfeccionar el nostre ordenament jurídic per promoure la igualtat de la dona a partir de l'article 9.2 de la Constitució i, en especial, procurar el nivell més alt possible de prevenció, protecció i càstig davant la violència si bé no domèstica, sinó de la dona. A més, i com assenjala l'exposició de motius del text sobre el qual fem l'informe, Espanya segueix la línia traçada per diversos instruments internacionals —que cita expressament— i que s'han dictat «*per donar una resposta global a la violència exercida sobre la dona*».

Com a exemple, i en l'àmbit que més interessa aquest Consell, des que al *Butlletí Oficial del Senat* de 12 de maig del 1989 es va publicar l'informe de la Comissió de Relacions amb el Defensor del Poble i dels Drets Humans encarregada de l'estudi de la dona maltractada i, pocs dies després, es va promulgar la LO 3/89, de reforma del Codi penal, es pot dir que ha crescut la consciència d'escassetat dels mitjans legals existents per fer front a un problema social de primera magnitud.



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

D'aquesta manera, l'esforç del legislador per perfeccionar el nostre ordenament per garantir la tutela judicial en l'àmbit domèstic ha estat constant. N'hi ha prou amb dir que l'any passat es van promulgar reformes importants. És el cas de la Llei orgànica 11/2003, de 29 de setembre, *de mesures concretes en matèria de seguretat ciutadana, violència domèstica i integració social dels estrangers*; de la Llei orgànica 15/2003, de 25 de novembre, *per la qual es modifica la Llei orgànica 10/1995, de 23 de novembre, del Codi penal*, o de la Llei 27/2003, de 31 de juliol, *reguladora de l'ordre de protecció de les víctimes de la violència domèstica*.

Fora de l'àmbit estrictament judicial, i que ja aborden aspectes assistencials o prestacionals, es poden citar les lleis 53/2002, de 30 de desembre, i 62/2003, de 30 de desembre, *de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social* (en matèria de foment de l'ocupació); la Llei orgànica 14/2003, de 20 de novembre, *de reforma de la Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, modificada per la Llei orgànica 8/2000, de 22 de desembre*; de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, *reguladora de les bases del règim local*; de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, *de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú*, i de la Llei 3/1991, de 10 de gener, *de competència deslleial*. També es pot esmentar la Llei orgànica 1/2002, de 22 de març, *reguladora del dret d'associació* pel fet de declarar d'utilitat pública les associacions que tinguin com a finalitat la promoció de la dona, etc.

D'altra banda, i en l'àmbit autonòmic, algunes comunitats, en el seu àmbit competencial, ja han adoptat iniciatives de lleis integrals sobre la matèria. És el cas, per exemple, de la Llei 16/2003, de 8 d'abril, *de prevenció i protecció integral de les dones contra la violència de gènere*, de Canàries, a la qual es poden afegir la Llei 9/2003, de 2 d'abril, de la Generalitat de València,



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

per a la igualtat entre dones i homes; la Llei 1/2003, de 3 de març, d'igualtat d'oportunitats entre dones i homes a Castella i Lleó; la Llei 14/2002, de 25 de juliol, de promoció, atenció i protecció de la infància a Castella i Lleó, pel que fa a la protecció integral de la infància; la Llei 11/2002, de 10 de juliol, de joventut de Castella i Lleó, pel que fa a la protecció integral de la joventut, o la Llei 12/2001, de 2 de juliol, de la infància i l'adolescència a l'Aragó.

D'aquest conjunt normatiu és especialment rellevant la Llei 27/2003, pel fet que ja assentava un criteri d'integritat en la regulació de la matèria. En l'exposició de motius assenyalava que *«és necessària, en suma, una actuació integral i coordinada que reuneixi tant les mesures cautelars penals sobre l'agressor, és a dir, les orientades a impedir la realització de nous actes violents, com les mesures protectores d'índole civil i social que evitin el desemparament de les víctimes de violència domèstica i donin resposta a la seva situació d'especial vulnerabilitat»*. Caldrà tornar sobre aquesta norma per posar-la en relació amb el text del qual elaborem l'informe.

En definitiva, es pot dir que el nostre ordenament jurídic ha abordat totes les àrees englobades en el que es pot anomenar normativa de la vida domèstica o familiar, i ha incidit en el progrés per la igualtat de la dona, la protecció de la infància i, especialment, en la tutela judicial davant les agressions criminals.

D'aquesta manera, materialment hi ha un panorama normatiu de protecció integral —tal com va iniciar la Llei 27/2003— entès com un conjunt de normes que aborden tots els aspectes que incideixen en la matèria objecte de regulació pel text que valorem, text que fa una regulació integral pel fet de dur a una sola norma el gruix de les polítiques referides a la dona. **En aquest sentit, la Llei integral hauria de tenir el valor «codificador» d'una normativa ja existent en les diferents branques de l'ordenament jurídic;**



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

ara bé, tal com exposarem, lluny d'identificar-se allò «integral» amb una vocació reafirmadora, amb el text sotmès a informe proliferaran règims processals diferents sobre una mateixa matèria, amb un cert risc de solapaments i interferències.

D'acord amb això s'ha de valorar, en l'àmbit de la nostra potestat d'informe, quines novetats aporta la nova Llei al conjunt normatiu que ja hi ha, però com a qüestió prèvia sí que es pot advertir a propòsit de la vocació integral de la Llei que, dels seus 50 articles, 22 versen sobre la tutela judicial. Al ministeri fiscal en realitat se li dedica tan sols un precepte (fonamentalment, l'article 50), igual que a les forces i cossos de seguretat (article 26). Això vol dir que, en gran mesura, la reacció de l'Estat davant la violència no domèstica sinó sobre la dona es fa dependre de jutges i tribunals.

Aquesta opció comporta judicialitzar un problema social molt més variat que el que es pugui ventilar davant i pels jutges. Cal advertir que la intervenció judicial és sempre la darrera, que el jutge intervé quan ja hi ha un conflicte — en molts casos, gestat al llarg d'anys—, per això és un error pensar que la solució principal és en el jutge, especialment en l'àmbit penal.

Davant d'aquesta idea cal insistir que la tasca del jutge no és resoldre problemes socials sinó, exercint el poder jurisdiccional de l'Estat, protegir la víctima i jutjar en Dret aquell qui, tot i presumir-ne la innocència, és acusat per qui exercita l'acció penal d'un delictes o falta. El jutge condemna o absol en funció del que s'al·lega i es prova per qui exercita aquesta acció, d'aquí ve la rellevància més gran que s'ha de donar al ministeri fiscal i a les forces de seguretat.

Aquesta observació és important, perquè es troba a faltar una indagació més audaç i profunda de per què tenim aquesta violència, cosa que permetria



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

actuar-ne sobre les causes, si és que es poden aïllar i guarir, i deixar la reacció penal o judicial per al seu àmbit.

2. Sobre l'àmbit de protecció de la Llei integral: exclusió d'homes, menors o ancians

a) La violència segons el text del qual es fa l'informe

En concepte, la violència es presenta com un estadi més avançat de l'agressivitat. No hi ha violència, en el sentit tècnic, per una agressió aïllada, esporàdica, sinó que aquesta agressió ha de produir-se en un context de submissió de la víctima. L'agressor —subjecte dominant— es mou en un ambient en què la víctima està subordinada. Això es produeix gradualment en un context de contínua agressió de deteriorament correlatiu de la personalitat de la víctima. Per això, en última instància tot es reconduïx a una violència moral. En aquest sentit es pot parlar de relacions de dominació.

Tradicionalment, la relació subjecte dominant-subordinat és considerada pel Dret penal en diverses ocasions, perquè la realització del comportament il·lícit abusant de la superioritat expressa una reprotxabilitat més gran de la conducta. Però aquesta relació de dominació no és equivalent al binomi home/dona. **Per això la norma pot reaccionar davant situacions de dominació, però ha de ser neutra pel que fa al sexe del subjecte dominant.**

La legislació vigent havia superat la concepció de la violència exclusivament com a violència anomenada «de gènere», sobre la base que la realitat criminològica posava de manifest diversos tipus de violència domèstica. Cal distingir a grans trets clarament tres tipus de violència domèstica en funció del subjecte que la pateix:



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- La violència «de gènere».
- La violència sobre els ancians.
- La violència sobre menors.
- I es pot afegir de manera marginal la violència de menors contra ascendents i la violència entre germans.

Encara que la violència sobre la dona ocupa el percentatge més alt de l'estadística judicial (91,1% dels casos), també són presents els de violència contra homes (8,9% dels casos), contra ascendents i contra menors. El nombre exigü de casos de maltractament infantil davant els òrgans judicials posa de manifest que aquest tipus de violència quedava al marge de la tutela judicial en un bon nombre de casos, atès que les dades sobre protecció de menors d'algunes comunitats autònomes posen de manifest una altra realitat. Fins i tot s'ha considerat que, tot i ser violència de gènere, la que freqüentment té lloc sobre la dona és la que estadísticament es presenta en més nombre.

b) Violència i relacions de subordinació: la violència domèstica

Definida la violència com a relació de subordinació, aquesta subordinació és més gran quan es tracta de persones desvalgudes o de nens, perquè l'adult, la dona agredida, acostuma a conservar una capacitat de reacció encara que estigui minvada com a conseqüència d'aquella clara superioritat. **En conseqüència, la violència contra ancians i nens és encara més greu, precisament per la nul·la capacitat de defensa i de denúncia del fet que se'ls pressuposa.**

La circumstància que persones que no són dones constitueixin



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

una minoria en termes percentuals no hauria d'impedir que una llei integral de mesures contra la violència en àmbits de subordinació estengui el seu àmbit de protecció també a aquestes persones. Si el Dret ha de protegir les minories quan les exigències de tutela sorgeixen d'un mateix fonament, la Llei ha de ser integral també en el subjectiu en situacions objectives idèntiques.

Per tant, no s'obté més protecció de la dona per la circumstància que la Llei la protegeixi només a ella i exclogui del seu àmbit menors o ancians, o fins i tot els homes.

És cert que aquests altres grups ja tenen protecció jurídica adequada, però les mesures més beneficioses i intenses que incorpori eventualment la Llei s'haurien d'estendre també a aquests altres col·lectius. La raó és senzilla: només en el cas que les mesures més grans de protecció que ofereix la nova llei fossin béns escassos que no poguessin arribar a tothom és quan es justificaria una restricció de l'àmbit subjectiu de la Llei. Si no és així —com, en efecte, no ho és— és pel motiu que entén aquest Consell que l'àmbit de protecció de la Llei ha d'arribar a tots els que es troben en una situació de dependència, subordinació o inferioritat iguals.

En definitiva, la Llei pren com a punt de partida un concepte de violència que sovint es confon amb el de la mera agressió, i a més atribueix només la condició de subjecte dominant a l'home i de dominat a la dona, cosa que deixa al marge altres possibles situacions que demanen una atenció igual de la Llei. I, tot i que és cert que correspon al legislador determinar l'abast de la Llei, aquest Consell ha d'advertir que **no es troba una explicació raonable, al marge de la dada purament estadística, per orientar la tutela penal i judicial, a més d'altres mesures educatives i socials, exclusivament a la dona per raó del seu sexe**, sense que tampoc no es



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

justifiquin unes mesures determinades d'acord amb la teoria de la discriminació positiva, com tractem a continuació.

3. L'Avantprojecte i la «discriminació positiva»

a) Què és la discriminació positiva?

L'exposició de motius del text del qual emetem informe assenyala, parafrasejant l'article 9.2 de la Constitució, que els poders públics «*tenen l'obligació d'adoptar mesures d'acció positiva per fer reals i efectius els drets esmentats (llibertat, igualtat, no-discriminació), i remoure els obstacles que n'impedeixen o en dificulten la plenitud*». S'opta per l'expressió *acció* positiva més que per la de *discriminació* positiva, expressió que no es fa servir en la jurisprudència europea ni constitucional, però que potser cal precisar per calibrar-ne els contorns i, d'aquí, l'abast del text que comentem.

Sovint es parla de discriminació positiva per al·ludir a les polítiques dirigides a millorar la qualitat de vida de grups desfavorits, als quals es proporciona la possibilitat d'aconseguir el mateix nivell pel que fa al gaudi d'oportunitats i d'exercici de drets que els més afavorits. Per mitjà de mesures d'aquesta naturalesa els poders públics procuren elevar —per igualar— la situació dels que estan en desavantatge. Així s'adopten iniciatives per eliminar el racisme, el sexisme i la discriminació contra les persones grans o els discapacitats.

En l'ordre constitucional els drets fonamentals són iguals per a tots els ciutadans. No obstant això, la garantia institucional de la igualtat en el seu gaudi és sovint insuficient. Per això, al menys durant un temps, es necessiten polítiques encaminades a posar remei a situacions de desigualtat. Aquest pas



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

es va donar per primera vegada als Estats Units (*l'affirmative action*) mitjançant tècniques anomenades *de discriminació positiva* i que consistien en regles que reservaven un cert percentatge de càrrecs o llocs de treball públics per a grups que fins llavors havien estat en desavantatge. La idea bàsica és que si amb aquestes mesures s'aconsegueix que el grup desfavorit comenci a ser respectat, es podran anar retirant gradualment i s'establirà una igualtat d'oportunitats o, en el cas ideal, una igualtat de resultats. En definitiva, la discriminació positiva va ser i és un pas valerós en la lluita per la igualtat en el gaudi dels drets ciutadans, però la discriminació positiva no s'ha de convertir en un principi durador.

Tal com hem dit, sovint es parla indistintament d'acció o de discriminació positiva, encara que el text del qual emetem informe opta per la primera. En aquesta línia es pot introduir algun matís, perquè en la teoria de la igualtat d'oportunitats, *les accions positives* són una exigència del dret d'igualtat de tracte i que es caracteritzen, en el que ara interessa, per ser avantatges concedits a les dones que no han de representar perjudicis paral·lels per als homes, ni constitueixen excepció de la igualtat sinó, precisament, la seva expressió. És el cas, per exemple, de mesures per afavorir l'equilibri entre les responsabilitats familiars i professionals, que organitzen la feina a mesura de la dona.

Per contra, la *discriminació positiva* sí que pot exceptuar la igualtat de tracte i, per tant, pot ser il·legítima si té com a contrapartida ineludible el perjudici per als que pertanyen a un altre grup, en aquest cas, els homes. Es tracta de mesures excepcionals que s'han d'aplicar amb criteri restrictiu, amb precaució i sempre de manera transitòria. A més, s'hi ha d'acudir quan no hi hagi cap altra possibilitat d'equiparar les situacions preexistents de desigualtat perfectament acreditades.

Però aquesta figura de l'acció positiva té encara un àmbit objectiu difús



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

en la seva elaboració. És admesa, sens dubte, en la promoció de la igualtat en l'ocupació. Així, per exemple, la Directiva 76/207/CEE ha admès en l'apartat 4 de l'article 2 la possibilitat de mesures encaminades a promoure la igualtat d'oportunitats entre homes i dones, en particular per corregir les desigualtats de fet. També es planteja modernament el sistema de quotes en matèria electoral o de representació política (així, per exemple, la Llei electoral belga del 24 de maig del 1994 o la Llei 276/93, relativa a l'elecció de la Cambra dels Diputats).

Però, tal com ha posat de manifest el TJCE en sentència del 17 d'octubre del 1995 —*cas Kalanke*— no hi pot haver mesures que vagin més enllà del foment de la igualtat de tracte, en particular, mesures que representin un perjudici per a algú per la sola pertinença al grup dels homes, per la qual cosa es nega validesa a un sistema que assigni automàticament prioritat a les dones. Per això, l'acció positiva s'ha d'entendre en un context de prudència i tenint en compte, en tot cas, que, tal com ha posat de manifest la doctrina (cf. L. M. Díez-Picazo), **té sempre la finalitat de resoldre problemes d'igualtat d'oportunitats com a mètode d'assignar de manera igualitària béns escassos**. L'article 23 de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea ha disposat que el principi d'igualtat no impedeix l'adopció de mesures que ofereixin avantatges concrets a favor del sexe menys representat. Però sempre sobre la base de la inadmissibilitat de l'automatisme pur i de la limitació temporal necessària de la mesura.

En aquest sentit, la figura de la discriminació positiva aplicada a l'estatut de la dona té el seu lloc natural com a instrument per fomentar la igualtat home-dona. La seva funció consisteix que, a causa de circumstàncies, rèmores o atavismes socials, etc., la dona està en una situació d'inferioritat respecte de l'home. A la vista d'aquesta situació, l'Estat opta per fomentar aquesta igualtat —en especial per a dones en situació de més debilitat—



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

creant condicions que permetin que socialment s'avanci amb més rapidesa que com ho faria la societat mateixa deixada a la lliure evolució. Des d'aquest punt de vista **la discriminació positiva es plasma en tractes de favor consistents en mesures de tipus laboral o funcional, de compatibilització de la vida familiar i professional, d'accés a uns certs béns (habitatge, informació, sanitat, etc.) o d'especial protecció (vegeu publicitat vexatòria).**

I és en aquest context en què han tingut lloc els pronunciaments de la jurisprudència constitucional sobre l'acció positiva. De primer, la nostra jurisprudència constitucional (vegeu STC 128/1987) no fa servir l'expressió *discriminació positiva*, si bé admet «*l'actuació dels poders públics per posar remei, així, a la situació d'uns determinats grups socials definits, entre altres característiques, pel sexe (i, es pot afirmar, en la majoria de les vegades, per la condició femenina) i col·locats en posicions d'innegable desavantatge en l'àmbit laboral, per raons que resulten de tradicions i hàbits profundament arrelats en la societat i difícilment eliminables, no es pot considerar vulneradora del principi d'igualtat, fins i tot quan s'estableixi per a ells un tracte més favorable, perquè es tracta de donar un tractament diferent a situacions efectivament diferents*».

En aquesta mateixa línia assenyala que «*l'assoliment de l'objectiu igualador entre homes i dones permet l'establiment d'un dret "desigual desigualador", és a dir, l'adopció de mesures reequilibradores de situacions socials discriminatòries preexistents per aconseguir una equiparació substancial i efectiva entre les dones, socialment desfavorides, i els homes, per assegurar el gaudi efectiu del dret a la igualtat per part de la dona*» (sentència 229/92). La STC 109/93 justifica la necessitat de compensar una situació de desavantatge de la dona amb la finalitat d'assegurar una igualtat real d'oportunitats.



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En essència, els pressupòsits de l'acció positiva són:

- 1r Una situació de desequilibri real del grup de les dones.
- 2n La necessitat de mesures per remoure els obstacles que impedeixin la igualtat d'oportunitat entre homes i dones.
- 3r Que aquests obstacles puguin ser efectivament remoguts amb mesures de suport al col·lectiu desfavorit amb l'objectiu d'assegurar la igualtat real d'oportunitats.
- 4t Que el tracte especial més favorable sigui necessari com a conseqüència de l'escassetat dels béns als quals han d'accedir les dones.

b) L'àmbit natural de la discriminació positiva

Concebuda així, l'anomenada *acció positiva* que es fonamenta en l'article 9.2 de la Constitució mira de posar remei a situacions reals de desigualtat per restablir la igualtat a la qual es té dret segons l'article 14. **Però del seu propi fonament resulta clar que el límit de l'acció positiva és la restauració de l'equilibri, i no pot conduir a un desequilibri invers per excés.** És a dir, amb les mesures de discriminació positiva es tracta de remoure els obstacles per aconseguir que la igualtat sigui efectiva i corregir desequilibris patològics que genera la societat. Per això en l'àmbit social, educatiu, prestacional o assistencial, laboral o funcional s'han aplicat polítiques d'aquesta naturalesa.

De tot el que s'ha dit es dedueix que les mesures d'acció positiva resulten improcedents quan en l'àmbit del qual es tracti no hi hagi aquesta situació de desequilibri previ i, a més, no hi hagi escassetat en els béns als quals accedeix la dona. I d'acord amb això cal reflexionar sobre



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

si aquesta discriminació positiva resulta procedent en relació amb la tutela penal i tutela judicial de drets fonamentals de la dona.

Doncs bé, **es pot afirmar que aquella tècnica de foment plasmada en mesures de discriminació positiva no és aplicable a l'àmbit penal ni a l'orgànic judicial, sobretot quan s'estableix amb caràcter d'automatisme i sense cap limitació temporal.** A més, no concorren en aquest àmbit les situacions de desequilibri que fonamenten la mesura.

Com que **l'acció positiva no es pot plantejar mitjançant mesures de naturalesa punitiva, l'àmbit del judicial és en principi aliè als altres àmbits propis d'iniciatives inspirades en aquesta acció positiva, i per això és distorsionant una norma que, malgrat que es tituli «integral», és, en bona mesura, judicial, i no obstant això es basa en l'acció o discriminació positiva.**

c) El que és inapropiat de la discriminació positiva en el penal i el judicial

En efecte, **quan es tracta de la tutela penal i processal, en la mesura en què es tutelien drets fonamentals, no es pot apreciar com a punt de partida aquesta desigualtat.** Ni pel que fa a la protecció penal ni pel que fa a la tutela judicial efectiva. Tal com hem dit més amunt, **no estem davant una situació de «béns escassos»**, limitats, de manera que només un grup afavorit hi pot accedir.

Això és així atès que, per exemple, en la tutela del dret a l'honor (atacat per la injúria) o la llibertat (atacat per l'amenaça o la coacció), l'home i la dona parteixen de la mateixa situació de tutela pel dret, no hi ha cap desavantatge inicial, i per tant no s'explica un tipus penal diferent que atorgui una superprotecció de la llibertat de la dona a costa, precisament, d'una restricció



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

més gran de la llibertat de l'home, com la que deriva de l'enduriment de la pena previst en el tipus penal.

I quan aquesta acció, o més aviat, ja discriminació positiva es trasllada a la creació d'òrgans judicials que tutel·len només els béns de la dona, més greu és el desajust per les raons següents:

1a La tutela judicial no és, com a tal, un bé escàs que no permeti, per una suposada limitada disponibilitat, el seu repartiment i atribució a tots els que la necessitin; és a dir, la tutela judicial és un bé que no exigeix que s'exclouï del seu àmbit cap grup humà (homes, en aquest cas) per donar la deguda satisfacció a un altre grup més desfavorit (dones, en aquest cas). Per dir-ho sintèticament: hi ha possibilitat de tutela judicial per a tothom sense excloure ni postergar, és a dir, sense eliminar ni discriminar a ningú. Diferent seria el supòsit que una limitació legal imposés un nombre màxim d'assumptes que han de resoldre els nous òrgans judicials, previstos per conèixer de la violència domèstica, i aquesta limitació exigís llavors donar prioritat a les dones davant els homes (repartiment d'un bé escàs, amb preferència del més desfavorit). Però això no passa ni podria passar en el projecte del qual emetem informe.

2a Tampoc no es pot dir que el bé escàs seria la rapidesa o la promptitud en la dispensa d'una tutela judicial que s'ha de donar sense dilacions indegudes; en efecte, és obvi que una inclusió de tots els ciutadans sense distinció de sexe en l'àmbit competencial dels nous òrgans judicials no representa en absolut un risc de dilacions processals indegudes per a les dones ni exigeix l'exclusió dels homes per assegurar així la prestació deguda a les dones. Això és una cosa impensable pel mateix que el nombre d'òrgans que s'han de crear ha de ser lògicament el suficient per a tothom, i el percentatge de població masculina víctima de violència domèstica resulta molt



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

inferior comparat amb el de les dones. **No s'entén per això què és el que guanya la tutela judicial a favor de les dones pel fet d'excloure els homes de la competència dels nous òrgans judicials.**

3a No es pot dir que els arguments anteriors són incorrectes al·legant que l'exclusió de l'home no el discrimina en la tutela judicial perquè li és possible obtenir-la sempre davant els òrgans judicials comuns o generals. Cal tenir en compte que la discriminació en aquest cas no està en obtenir o no tutela judicial, sinó en excloure els homes del nou mecanisme judicial i de la manera concreta especialment eficaç d'obtenir aquesta tutela. Aquests òrgans es creen per millorar i per satisfer necessitats que abans o no es cobrien o es cobrien pitjor. De manera que els nous òrgans o no aporten cap avantatge en aquesta tutela en relació amb els òrgans actuals —cas en el qual la seva creació és inútil— o, si l'aporten, cal reconèixer el mateix dret a l'home, perquè la discriminació positiva no podria explicar un plus de tutela judicial a la dona sobre l'home ni una manera més bona d'aplicar-la.

Tal com exposarem més avall, el trasllat a l'àmbit judicial del que en la Llei es té com a acció positiva se salda amb unes conseqüències il·lògiques, irraonables, tant pel que fa a l'organitzatiu com al processal, cosa que aconsella un replantejament seriós de l'opció que fa l'Avantprojecte.

De l'anterior es dedueix que a l'Avantprojecte l'anomenada *acció positiva* no és ni tan sols un cas de discriminació positiva, sinó més aviat una discriminació negativa. Consisteix a endurir el règim punitiu d'uns comportaments determinats que, tot i ser objectivament els mateixos, se sancionen més greument per raó de ser el subjecte actiu home —és a dir, per raons relatives a l'autor— i no per la gravetat més gran de l'injust, cosa que ens duu a criteris penals que caldria entendre que estan feliçment bandejats. Abordarem amb més detall aquesta qüestió més avall. I constitueix també una



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

discriminació negativa crear òrgans judicials dels quals s'exclou els homes com a possibles beneficiaris dels seus avantatges sense que aquesta exclusió es justifiqui de cap manera.

V

ANÀLISI DE LES MESURES CONCRETES PROPOSADES

1. Sobre el concepte de violència exercida sobre la dona

a) Importància del concepte.

L'àmbit de protecció de la Llei no es pot entendre sense l'article 1.2. Aquest precepte és la pedra angular de la norma sobre la qual fem l'informe, ja que d'aquest depèn l'aplicació de tota la Llei.

El precepte esmentat defineix què és *violència exercida sobre la dona*, i diem que en depèn tota la Llei per les raons següents:

- 1a Primer de tot, perquè si l'objecte primer de la Llei és prevenir aquesta violència, aquesta tasca preventiva es concreta:
 - en campanyes d'informació i mesures de sensibilització (article 3);
 - en què el sistema educatiu s'ha d'orientar per inculcar la resolució pacífica de conflictes (article 4);



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- en què el bé igualtat home-dona s'ha de fomentar en el sistema educatiu (article 5);
- en què en els òrgans de representació educativa ha de tenir presència l'Institut de la Dona (article 6);
- en què s'ha de vetllar per la dignitat de la dona en l'àmbit publicitari, i
- en què en l'àmbit sanitari s'ha de procurar la detecció precoç de la violència sobre la dona.

2a A més, perquè el conjunt de drets que reconeix el títol II ho són per a les dones víctimes de violència, cosa que es comprova en tots i cadascun dels articles d'aquest títol, que preveuen com a pressupòsit de fet de la norma que el gaudi d'aquests drets ho és per a la dona víctima de violència.

3a Per últim, és modular aquest concepte en l'estrictament judicial, perquè en depenen totes les especialitats processals i competencials, així com l'aplicació dels tipus penals que es reformen.

Per insistir en aquesta idea cal dir que la declaració d'aquesta condició —«dona víctima de la violència»— és el títol (encara que sigui amb caràcter provisional) que fa la dona mereixedora de l'aplicació d'aquest nou bloc formatiu, i com a tal aquesta declaració no la dóna una resolució administrativa o l'aplicació directa de la Llei mitjançant la constatació més o menys reglada de la concurrència d'uns requisits objectivament i normativament previstos sinó que, al contrari, tot depèn d'una declaració judicial.



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

b) Introducció indeguda de l'element intencional en la definició

Definida així la violència sobre la dona, el més rellevant és que no és una definició introduïda en l'exposició de motius ni en la part articulada del text com a pòrtic descriptiu del seu àmbit, sinó que, a més de ser la clau de pas de l'aplicació de tota la Llei, **es basa no en l'apreciació de dades objectives i externes sinó en la intencionallitat de l'agressor**. Només en el segon incís d'aquell article s'inclou una previsió descriptiva en relacionar en què es pot plasmar aquesta violència (agressions sexuals, amenaces, coaccions, etc.), però el fet bàsic, nuclear, és que hi ha violència quan es fa servir *«com a instrument per mantenir la discriminació, la desigualtat i les relacions de poder dels homes sobre les dones»*.

Doncs bé, de la constatació d'aquesta intencionalitat, de clara connotació penal —perquè en la seva part descriptiva es remet a figures penals— en depèn tot: el gaudi del conjunt de drets als quals pot accedir la dona víctima de violència, les mesures institucionals previstes en la norma i el que és més greu, la tutela penal, i encara pitjor, l'organització judicial a part de les mesures processals, i aquesta declaració, com s'ha dit, depèn al seu torn d'un pronunciament judicial, perquè només un jutge de violència la pot apreciar en sentència penal o bé en avocar per a ell la competència d'assumptes civils o bé, indiciàriament, en adoptar alguna mesura cautelar.

La comprovació d'aquesta intencionalitat plantejarà problemes en el cas concret. **Però si en realitat el que es fa és presumir que tota agressió contra una dona la presideix aquesta presumpció normativa que s'agredeix amb aquestes finalitats o per raó d'aquests objectius, llavors en l'àmbit penal —tal com direm més endavant— es recrea un dret penal d'autor i en l'àmbit orgànic judicial es torna al sistema de jurisdiccions especials, superat a final del segle XIX, propi d'Antic Règim, perquè**



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

s'està creant una jurisdicció especial, privativa d'elles dones, basada en el sexe de la víctima i en la intenció de l'agressor, qüestions que abordarem més avall.

En suma, es tracta d'una definició basada en la intenció de l'autor, i per raó de les conseqüències que té (interpretació de tipus, delimitació de competències i les seves conseqüències processals) ha de ser abandonada pel que fa al contingut i els efectes.

c) Efectes distorsionants que es poden vaticinar

Tot l'Avantprojecte depèn de l'article 1, en especial del seu paràgraf 2. A partir d'aquesta constatació n'hi ha prou d'imaginar-se alguns dels efectes que pot comportar en l'organització judicial i en el fet processal per advertir que poden ser realment absurds. Per exemple, totes les mesures judicials de protecció i seguretat del capítol IV del títol V ho són per a les dones concretes inserides en l'article 1.2, per la qual cosa si la dona és agredida amb una altra finalitat (venjança, gelosia, odis, arravatament, etc.) no s'ha d'aplicar la futura Llei ni les seves especialitats.

A la vegada, alguns dels delictes dels que coneixeran els jutges de violència o algunes de les mesures de protecció tenen la seva lògica si es tramiten davant el jutge de guàrdia i per via de judicis ràpids, i, per tant, en l'àmbit d'agressions contra la dona es pot arribar al panorama següent:

- agressions de violència domèstica i, per tant, també contra dones de les quals coneixen —per no ser de l'article 1— els jutges d'instrucció o de primera instància i instrucció i a les quals és aplicable el règim de la Llei 27/2003;
- agressions de l'article 1 constitutives del concepte jurídic



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de violència sobre la dona el coneixement de les quals ha de correspondre als jutges de violència, i

- agressions igualment constitutives de violència sobre la dona de les quals no coneixen els jutges de violència, sinó els de primera instància i instrucció o instrucció compatibilitzats per assumir aquestes competències i que aplicaran, a més, el règim de la Llei 27/2003 per al primer supòsit ressenyat.

Al que s'ha exposat es pot afegir —i continuem movent-nos en clau d'exemple— que aquestes mesures de protecció del capítol II del títol V, com que són per a les dones víctimes de violència, només s'han d'aplicar per a aquests casos concrets, i per tant les altres víctimes d'una situació de violència objectiva però no causada amb la intencionalitat de l'article 1.2 no poden gaudir d'aquestes mesures. L'absurd augmenta, per exemple, si estem davant jutges no especialitzats sinó jutges que compatibilitzen altres causes amb les de violència per estar en els supòsits de l'article 87 bis 3 i 4: en el seu mateix jutjat s'han de tramitar casos de violència domèstica les víctimes dels quals —siguin dones o no— no es poden beneficiar d'aquestes mesures per no tractar-se de casos de l'article 1.

En definitiva, en vista que en l'àmbit judicial sembla que es prioritzi la idea de crear uns òrgans especialitzats i sobre aquesta idea es fan pivotar totes les altres novetats, se suggereix que aquesta novetat es dugui a un grup de treball en el qual processalistes, jutges i magistrats, fiscals i altres professionals avesats en aquestes causes facin un disseny orgànic i processal més viable. Aquesta idea és més aconsellable des del moment en què ja hi ha el règim creat arran de la Llei 27/2003, reguladora de l'ordre de protecció, en el marc de la qual s'ha creat una Comissió de Seguiment, dels treballs de la qual es



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

dedueixen els problemes d'implantació eficaç d'aquesta ordre. Si això és així ara es poden presagiar més complicacions quan al règim de la Llei 27/2003 s'afegeixi el que valorem ara.

d) Definicions que se suggereixen

Doncs bé, a partir del que s'ha exposat, el Consell General del Poder Judicial suggereix que si s'ha d'introduir una definició de violència ha d'abastar tot el fenomen de violència domèstica per tot el que ja s'ha exposat pel que fa a l'àmbit penal judicial. Aquesta definició ha de ser, repetim, i en tot cas, una definició sense connotacions d'intencionalitat ni de tipus sociològic, és a dir, una definició no ideologitzada.

A més, i en tot cas, suggerim que es reconsideri en Avantprojecte aquest punt capital i que aquesta consideració es faci en quatre aspectes:

- Respecte a la necessitat en si mateixa d'introduir una definició en la Llei,
- Que es refereixi només a les dones i no a l'àmbit domèstic en conjunt,
- Respecte dels efectes que hagi de tenir en l'aplicació de la norma, i
- Sobre la inoportunitat que contingui elements intencionals.

Si no s'accepten aquests suggeriments ni, en especial, l'ampliació de l'àmbit de la Llei a la idea de violència domèstica en el penal i judicial, si es continua mantenint en l'àmbit de violència sobre la dona, hi ha almenys altres definicions normatives que són descriptives, alienes a elements subjectius o intencionals i, per tant, més encertades. És el cas, per exemple, de l'article 2 de la Llei 16/2003, de 8 d'abril, *de prevenció i protecció integral de les dones*



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

contra la violència de gènere, de Canàries, segons el qual

«Als efectes de la Llei present, s'entén per violència contra les dones tot tipus d'actuació basat en la pertinença de la víctima a aquest sexe, i amb independència de l'edat que tingui, que, per mitjans físics o psicològics, incloent-hi les amenaces, intimidacions o coaccions, tingui com a resultat possible o real un dany o patiment físic, sexual o psicològic per a la dona, i es faci a l'empara d'una situació de feblesa o de dependència física, psicològica, familiar, laboral o econòmica de la víctima davant l'agressor.»

Una altra definició acceptable és la de l'article 1 de la Declaració sobre l'eliminació de la violència contra la dona, adoptat per Resolució de l'Assemblea General de les Nacions Unides 48/104, de 20 de desembre de 1993, segons el qual

«Als efectes de la Declaració present, per violència contra la dona s'entén tot acte de violència basat en la pertinença al sexe femení que tingui o pugui tenir com a resultat un dany o patiment físic, sexual o psicològic per a la dona, així com les amenaces d'aquests actes, la coacció o la privació arbitrària de la llibertat, tant si es produeixen en la vida política (sic) com en la vida privada.»

Tal com exposarem més avall, l'aplicació de les previsions del text del qual emetem informe, tal com està redactat, se saldarà amb unes conseqüències realment distorsionants, cosa que s'adverteix no per una pruija dogmàtica sinó pel desig d'evitar —ara que és el moment— unes conseqüències reals no hipotètiques.

2. Sobre la reforma del Codi penal

a) Antecedents legislatius

La valoració de l'Avantprojecte present en aquest punt ha de partir d'un



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

examen de la situació legal vigent amb la finalitat de determinar què aporta en el pla substantiu penal.

El dret civil aborda el fenomen del maltractament com a trencament de deures ineludibles de família que, per això, produeix conseqüències de dret de família. Així, amb relació als fills, l'article 166 del Codi civil (privació de pàtria potestat) i els articles 856 i 756 (desheretament); amb relació al cònjuge (separació i divorci), i article 855 (desheretament).

La política criminal davant aquest problema ha consistit a anar ampliant progressivament el contingut del tipus penal i les mesures de protecció a la víctima. En efecte, a partir de la formulació inicial del delictes de violència intrafamiliar, que s'introdueix per primera vegada en el nostre Codi per la LO 3/1989, de 21 de juny, en l'article 425 del Codi penal, amb la finalitat de donar protecció als membres més febles del grup familiar davant de conductes sistemàticament agressives d'altres membres del grup, s'han escomès diverses reformes penals dirigides a augmentar la protecció de la víctima d'aquests delictes, que fins ara no s'han identificat només amb la dona.

La primera de les reformes importants va tenir lloc per la LO 14/1999, de 9 de juny, que va tenir la finalitat principal d'ampliar la protecció de la víctima. Es va ampliar la protecció a supòsits en què havia desaparegut el vincle matrimonial o la convivència *more uxorio* en el moment de produir-se l'agressió; es va introduir com a modalitat de comportament típic, juntament amb la violència física, la violència psíquica, i es va definir legalment l'habitualitat als efectes d'aquest delictes.

Després d'aquesta important reforma, la violència domèstica ha estat objecte d'atenció legislativa en els darrers anys, fins i tot mesos, i s'hi han arbitrat respostes legals, de caràcter punitiu i d'altres de caràcter processal,



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

amb la finalitat de combatre de la manera més eficaç aquest problema social. Respecte d'això han estat d'especial transcendència la ja esmentada Llei orgànica 11/2003, de 29 de setembre, *de mesures concretes en matèria de seguretat ciutadana, violència domèstica i integració social dels estrangers*, en el pla substantiu, completada amb la reforma penal per la Llei orgànica 15/2003, de 25 d'octubre, i la Llei orgànica reguladora de la presó provisional. Per últim, la Llei 27/2003, de 31 de juliol, *reguladora de l'ordre de protecció de les víctimes de la violència domèstica*.

L'Avantprojecte que va culminar en la Llei orgànica 11/2003 va ser valorat positivament per aquest Consell General del Poder Judicial perquè va tipificar el delicte de violència domèstica habitual com a delicte contra la integritat moral, de manera coherent amb el bé jurídic tutelat per aquest delicte, atès que l'exercici habitual d'aquests fets entronca més clarament amb la dignitat humana i el lliure desenvolupament de la personalitat, com ha destacat la jurisprudència (cf. STS de 20 de desembre de 1996 i de 24 de juny de 2000).

A més, es va entendre que resolvia un problema concursal entre els articles actuals 153 i 173 del Codi penal, ubicava sistemàticament de manera adequada el delicte de què es tracta en atenció al seu contingut d'injust i expressava de manera més correcta que no es tracta només d'un atemptat a la integritat o salut física o psíquica com a bé jurídic del delicte de lesions. També es va valorar positivament l'ampliació del cercle de subjectes passius d'aquest delicte que l'estenia a d'altres àmbits privats de dependència o subordinació, a més de l'estrictament familiar.

Amb la reforma operada per la LO 11/2003 se suprimeix la manca de l'article 617.2,2n, i tota violència física exercida sobre els subjectes passius enumerats en l'article 173.2, encara que es tracti d'un fet aïllat i que no arribi a



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

causar lesió, perquè passa a ser delictiva pel caràcter pluriofensiu del fet, i es tipifica a partir de la reforma en l'article 153 del Codi penal. En aquest precepte s'introdueix un subtipus agreujat per quan els fets es facin en presència de menors, fent servir armes, en el domicili comú, en el de la víctima o bé mitjançant el trencament d'alguna de les penes previstes en l'article 48 o d'alguna mesura de seguretat.

Aquestes mesures substantives es van acompanyar de mesures processals. La reforma de la presó provisional va estar animada en bona part per resoldre el problema de la violència domèstica. I la recent Llei 27/2003, de 31 de juliol, regula l'ordre de protecció de les víctimes de la violència domèstica. El registre estatal per a la protecció de les víctimes que preveu aquesta Llei s'ha creat per RD 355/2004, de 5 de març.

En fi, l'Avantprojecte de Llei integral neix en un context en què la protecció de la víctima de la violència domèstica constitueix un objectiu principal de la política criminal, i per tant no neix en un escenari d'escassetat de mesures, sinó d'una pluralitat d'iniciatives legislatives ja en vigor —en especial, la Llei 27/2003—, però que pel curt espai de vigència que té no permet encara valorar-ne l'eficàcia real per combatre el fenomen social al qual fem referència.

b) Novetats de l'Avantprojecte

El text sobre el qual emetem informe conté les mesures penals següents:

- 1a S'introdueix **un nou supòsit d'agreujament en l'article 148 del Codi penal** quan en el delictes de lesions la víctima *«fos o hagués estat muller, o dona que estigués o hagués estat lligada a l'autor*



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

per una relació anàloga d'afectivitat, fins i tot sense convivència».

- 2a **S'eleven a la categoria de delictes les amenaces i les coaccions lleus** quan el subjecte passiu fos o hagués estat muller, o dona que estigués o hagués estat lligada a l'autor per una relació anàloga d'afectivitat, per la qual cosa només poden ser cometes per l'home.
- 3a **Se sanciona en tot cas amb pena privativa de llibertat el trencament de la pena de l'article 48 del Codi penal** — allunyament en sentit ampli— o una mesura cautelar, quan l'ofès sigui una de les persones a les quals es refereix l'article 173.2 del Codi.

Tal com diu l'exposició de motius, *«per a la ciutadania, per als col·lectius de dones i específicament per a les que pateixen aquest tipus d'agressions, la Llei integral vol donar una resposta ferma i contundent i mostrar fermesa plasmant-les en tipus penals específics»*. En suma, l'Avantprojecte, amb relació al règim legal actual, representa, en l'ordre penal, **un agreujament de la responsabilitat penal de l'home quan el fet tingui com a subjecte passiu la dona**, bé mitjançant la introducció d'un tipus agreujat —respecte del bàsic de les lesions— o la conversió en delictes de les faltes d'amenaces i coaccions lleus.

Aquestes mesures penals s'han d'analitzar des dels principis que informen el dret penal, reconeguts en la Constitució.

c) Paper de tutela penal en la violència contra la dona

Sense desconèixer que correspon al Tribunal Constitucional la missió de pronunciar-se sobre l'adequació a la Constitució d'una norma nova,



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

correspon al Consell General del Poder Judicial, tal com ja hem exposat, informar sobre l'adequació a la Constitució de les mesures legislatives que incideixen en drets fonamentals que s'han de tutelar ordinàriament davant jutges i tribunals [article 108,1 e Llei orgànica del poder judicial].

Amb caràcter previ, i en la línia ja exposada de marcada «judicialització» de les solucions, cal tenir en compte que avui és reconegut que els resultats més bons en el control de la criminalitat no s'obtenen incrementant el rigor de la resposta al delicte (penes més severes) ni millorant el rendiment i efectivitat del sistema legal, sinó per mitjà d'una acció positiva en l'ordre social per atacar les arrels del problema. El que és propi del dret penal és assumir una funció de prevenció secundària, és a dir, només intervé tardanament davant les manifestacions del problema, raó per la qual convé insistir una vegada més en l'advertiment que l'opció del text del qual emetem informe es basa fonamentalment en la judicialització del problema de la violència contra la dona. En aquest sentit, la recomanació (R) 14 del Comitè de Ministres del Consell d'Europa del 26 de març de 1985, sobre violència familiar, aconsella tractaments alternatius a les mesures purament penals.

Atès que ja s'han adoptat mesures legals que han representat en general una reforma del sistema penal en el tractament de la violència domèstica, cal valorar si les mesures d'agreujament penal que es proposen satisfan una necessitat de més rigor penal en honor de garantir una protecció més gran a la dona. Encara que no és el cas de fer consideracions científiques sobre els límits de la intervenció punitiva de l'Estat, cal tenir en compte que els estudis actuals han posat de manifest **com en uns àmbits determinats hi ha la temptació d'obtenir dosis de seguretat és grans per mitjà de l'eina del dret penal, però que de vegades, aquest —concebut com un dret penal de màxim— no pot proporcionar la resposta que s'hi cerca de manera desesperada.**



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

d) La tipificació com a delictes de les amenaces i coaccions lleus sobre la dona

Els articles 29 i 30 de l'Avantprojecte, com a mesures de protecció contra les amenaces i les coaccions, afegeixen dos nous apartats a l'article 171 del Codi penal —delictes d'amenaces— i un apartat segon a l'article 172 —delictes de coaccions— i es manté com a tipus general per descriure l'àmbit subjectiu de la violència domèstica l'article 173.2, precepte que no fa cap discriminació per raó de sexe i que engloba tots els que pertanyen a la unitat familiar.

D'aquesta manera i pel que fa les amenaces tenim:

- Que si són lleus i contra les dones, de falta passa a delictes en l'article 171.4.
- Si és a una altra de les persones de l'article 173.2, és falta a tenor de l'article 620, segon paràgraf.
- Si l'amenaça és amb arma o objecte perillós i es refereix a persones de l'article 173.2 —i, per tant, també dones— és delictes de l'article 171.5è.

Pel que fa a les coaccions:

- Si és lleu i contra les dones, deixa de ser falta de l'article 620.1.1r per ser delictes de l'article 172.2.
- Si és a una altra persona de l'article 173.2, és falta de l'article 620.1.2n.



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

D'aquest quadre es dedueix que davant el mateix comportament objectiu —amenança o coacció lleu— l'home comet un delicte, mentre que la dona, una simple falta, malgrat que els drets fonamentals atacats pel comportament il·lícit tenen en la Constitució igual valor sigui quina sigui la persona del titular. Això condueix a altres deficiències valoratives perquè, per exemple, se sanciona amb una pena més greu l'amenança lleu si el subjecte passiu és dona o exdona que si l'amenança va dirigida a les persones definides en l'article 173.2 (per exemple, menors), fins i tot quan en aquest cas s'hagin fet servir armes o altres instruments perillosos.

A la vista d'aquests resultats, es considera que la reforma proposada dels articles 171 i 172 presenta serioses objeccions de constitucionalitat, a judici d'aquest Consell, per definir el subjecte actiu i passiu del delicte per raó de sexe, al marge del comportament objectivament realitzat i per no justificar adequadament el tractament punitiu de l'amenança o coacció lleus contra la dona.

L'Avantprojecte converteix delictes comuns en delictes especials per raó de la qualitat sexual del subjecte actiu, tal com ja passava, per exemple, en els Codis predemocràtics amb alguns delictes contra l'honestedat, el subjecte passiu dels quals era només la dona (vegeu violació). Aquesta divisió dels delictes en funció del sexe del subjecte actiu no només es conté en l'article 33 del text —que introdueix el nou article 87 ter1.a) de la Llei orgànica del poder judicial— a l'hora d'atribuir competència als jutjats de violència sobre la dona projectats, sinó en la tipificació mateixa d'il·lícits penals amb subjecte actiu home, que només poden ser comesos per l'home, amb exclusió de les dones.

Aquesta manera de procedir, que davant un mateix comportament



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

objectiu és tipificat com a delictes o falta en funció que el subjecte actiu sigui home o dona, representa una vulneració frontal del principi d'igualtat de l'article 14 de la Constitució que no es pot justificar objectivament a l'empareda de la doctrina de la discriminació positiva tolerable de difícil encaix en la tutela penal, perquè es tracta de protegir la dona a costa de restringir la llibertat de l'home, ja que com més rigor punitiu, més restricció de la llibertat. Estem davant una discriminació —negativa— de l'home incompatible amb la Constitució.

En efecte, en la defensa dels béns fonamentals que s'erigeixen en béns jurídics protegits en els delictes o faltes d'amenaques o coaccions la dona no parteix d'una situació de desavantatge que calgui corregir mitjançant el recurs a una protecció penal més gran per la tècnica de buscar l'eficàcia preventivo-general amb penes més severes. La llibertat ja es tutela en el Codi d'igual manera segons si el titular és home o dona. No hi ha cap discriminació ni situació d'inferioritat en aquest àmbit.

Però, a més, la conversió d'aquests comportaments d'amenaques o coaccions lleus en delictes quan el subjecte actiu és home representa una contradicció frontal amb els principis constitucionals del dret penal, en totes les hipòtesis imaginables en què es pot recolzar el prelegislador, i això és per les raons següents:

- 1a Si l'agreujament es perquè estadísticament és la dona el subjecte passiu de comportaments d'aquest tipus i que normalment procedeixen de l'home, llavors s'agreujaria la responsabilitat en el cas concret per fets aliens, amb vulneració del principi de culpabilitat, atès que l'home concret enjudiciat veuria agreujada la seva responsabilitat pels fets d'altres d'acord amb la doctrina d'acumulació de comportaments.



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

2a Si l'agreujament es fonamentés en el fet que l'amenaça o la coacció es fan amb ànim de discriminació o dominació de l'home sobre la dona (posant en relació aquests preceptes amb l'article 1.2 de l'Avantprojecte) es partiria de la presumpció que quan l'home amenaça o coacciona la seva muller o exmuller ho fa en tot cas prevalent-se d'una situació de superioritat o amb la finalitat de mantenir la seva voluntat de dominació. Aquesta presumpció legal representaria convertir faltes en delictes al que en el règim ordinari es considera únicament com a circumstància agreujant genèrica, i es reconeixeria a les motivacions de l'autor una superqualificació desproporcionada amb la gravetat objectiva del fet.

El Codi penal considera com a circumstància agreujant en l'article 22.2 l'abús de superioritat, quan hi ha un desequilibri de forces entre agressor i agredit, de manera que les possibilitats de defensa de l'ofès estiguin limitades de manera notable; desequilibri que l'autor ha d'aprofitar per fer el delicte. Aquesta reprotxabilitat més gran, que es tradueix en un agreujament de la responsabilitat, no depèn del sexe del subjecte actiu i del passiu sinó d'un fet objectiu de dominació.

La discriminació per raó del sexe es conté com a circumstància agreujant en l'article 22.4, i l'agreujament es fonamenta en la més gran reprotxabilitat de la conducta en atenció al mòbil que impulsa a cometre el delicte.

Però aquestes dues circumstàncies ni es presumeixen, perquè s'han d'apreciar en cada cas concret, ni la Llei les considera com a gaire qualificades als efectes de determinar la magnitud penal. En la



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

mesura en què l'Avantprojecte conté unes mesures penals que parteixen de la presumpció de superioritat de l'home sobre la dona i reconeix a la superioritat o la discriminació per raons de sexe una eficàcia d'aspiració de la pena, o la conversió de meres faltes en delicte, condueix a conseqüències desproporcionades des del punt de vista de la responsabilitat pel fet.

- 3a Si l'agreujament es fonamentés en la perillositat de l'autor que comet aquests delictes, llavors es combatria amb el recurs a la pena una mera qualitat personal de l'home, que a més es presumeix legalment, i en conseqüència també es vulnera el principi de responsabilitat pel fet comès.

De l'anterior s'infereix que la mesura penal consistent en la tipificació com a delicte de les accions d'amenaça i coacció lleu quan procedeixen de l'home no es fonamenta en raons vinculades a un contingut més gran d'injust o de culpabilitat, sinó que únicament obeeixen a raons subjectives a la qualitat de l'home i a la seva presumpta superioritat sobre la dona.

Aquesta concepció s'endinsa de ple en un dret penal d'autor, en la «jurisprudència del sentiment», voluntarista, amb predomini no tant d'allò normatiu com del que s'ha anomenat «el sa sentir del poble». Aquestes concepcions, pròpies de l'Escola de Kiel, evidentment no són compatibles amb la Constitució, i això no és res que aventuri el Consell sinó que el Tribunal Constitucional ha reconegut que la Constitució parteix del principi de culpabilitat i que una conseqüència penal que en el cas concret no se sentís adequada a la gravetat de la culpabilitat no està d'acord amb el valor justícia establert de manera categòrica per la Constitució.



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Així, el Tribunal Constitucional ha declarat, en la sentència 150/1991 (ponent Sr. López Guerra) que «la Constitució consagra sens dubte el principi de culpabilitat com a principi estructural bàsic del dret penal, de manera que no seria constitucionalment legítim un dret penal “d’autor” que determinés les penes en atenció a la personalitat del reu i no segons la culpabilitat d’aquest en la comissió dels fets», amb cita de les STC 65/1986, 14/1988 i d’altres.

Per tant, allà on en els pressupòsits de la cominació penal s’inclou una cosa diferent del fet objectiu, i aquesta cosa diferent s’associa a la condició de l’autor, a la seva qualitat d’home, topem amb un sistema en el qual la pena es dirigeix a l’autor com a tal. A l’autor només se’l pot castigar pel fet comès i en funció de la seva gravetat, i està clar que el mateix fet no és més greu per la circumstància de ser-ne l’autor l’home i la víctima, la dona. Aquesta manera de procedir representa un atac frontal al principi de la culpabilitat.

Però és que, a més de les raons constitucionals exposades, es poden dirigir a la regulació projectada dues objeccions més. D’una banda pel fet que des del punt de vista sistemàtic no s’explica prou bé que el delicte d’amenaça lleu es dugui a un precepte —l’article 171— que tipifica el delicte d’amenaques quan l’amenaça consisteix a causar un mal que no constitueix delicte, perquè l’amenaça lleu pot consistir també en l’amenaça d’un mal que constitueixi delicte, només que en atenció a les circumstàncies en què es produeix no presenta la intensitat de l’amenaça constitutiva del delicte de l’article 169.

A més, l’agreujament de la pena de l’amenaça quan la realitzi qui hagi trencat una pena de les contemplades en l’article 48 o una mesura cautelar o de seguretat d’igual naturalesa pot conduir a una vulneració del principi de *non bis in idem*, si es té en compte que el trencament de la pena o de la mesura és



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

punible en si mateix i, a més, s'introdueix en l'Avantprojecte una modificació de l'article 468 que consisteix precisament en imposar en tot cas la pena de presó si hi ha trencament d'aquestes penes o mesures, cosa que representa configurar un delictes agreujat de trencament de condemna.

e) L'agreujament del delictes de lesions

En l'Avantprojecte es reforma l'article 148 per introduir un tipus agreujat de lesions: «*4t Si la víctima fos o hagués estat muller, o dona que estigués o hagués estat lligada a l'autor per una relació d'afectivitat anàloga, fins i tot sense convivència*».

En l'article 148 l'agreujament del delictes de lesions per raons relatives a la condició de la víctima s'aplica al cas de «si la víctima fos menor de dotze anys o incapaç». L'agreujament troba el seu fonament en la vulnerabilitat més gran d'aquestes persones i les circumstàncies d'indefensió en què es troben per les condicions d'edat o d'incapacitat, no obstant això el tipus opera en termes objectius i es presumeix *ex lege* la inferioritat de les víctimes i l'abús de superioritat en què incorre l'agressor.

En la mesura en què l'Avantprojecte agreuja el delictes de lesions si la víctima «fos o hagués estat muller, o dona que estigués o hagués estat lligada a l'autor per una relació d'afectivitat anàloga, fins i tot sense convivència» **es presumeix també *ex lege* que la dona es troba en tot cas de lesió en situació d'inferioritat**. D'aquesta manera, l'agreujant genèric d'abús de superioritat, que en supòsits normals s'ha d'apreciar si intervé en el cas concret, amb la norma projectada es presumeix que intervé sempre que la víctima és la muller o exmuller de l'agressor, sense que s'aprecii per aquesta relació un contingut més alt d'injust o de reprotxabilitat en el comportament de l'agressor en relació amb el delictes de lesions, sense perjudici d'aplicar si



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

escau la circumstància mixta de parentiu de l'article 11 que opera en aquests casos d'atac a béns personals com a circumstància agreujant.

A diferència dels menors i incapaços, que objectivament poden ser tinguts com a persones especialment vulnerables, no es pot dir en tot cas que la dona que pateix un atac de mans de la seva parella es trobi en situació d'especial vulnerabilitat o d'indefensió. Si això es deu a una situació de violència precedent, l'injust global es valora mitjançant el delictes contra la integritat moral de l'article 173.2 que, com se sap, no impedeix la sanció en concurs de delictes dels delictes de lesió que hi pugui haver hagut en el context de dominació.

Per tant, **ni des del punt de vista d'injust ni de la culpabilitat té fonament el tipus agreujat de lesions. Només es pot entendre el precepte sobre la base d'una presumpció legal d'inferioritat de la dona, cosa que és inacceptable com a presumpció.** En un altre cas, si es fonamentés en una situació real de dominació, llavors, bé per la via del tipus de l'article 173.2, bé per les circumstàncies genèriques d'abús de superioritat, discriminació per raó del sexe i la mixta de parentiu, l'injust fet per l'autor pot ser compensat a bastament mitjançant la pena.

Sigui com sigui, aquí tampoc no es justificaria una protecció més gran de la dona i no d'altres cercles o àmbits reals de dominació —com les lesions als ascendents, per exemple—, en els quals de vegades aquesta situació d'inferioritat o de més vulnerabilitat és més constatable que respecte de la dona mateixa.

D'altra banda, un cop més, sobre la base de l'anomenada discriminació positiva s'afavoreix la dona mitjançant un agreujament de la responsabilitat penal de l'home —únic subjecte actiu del tipus agreujat—, per la qual cosa es



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

poden reproduir aquí els retrets formulats més amunt.

3. Sobre la creació dels jutjats de violència sobre la dona

L'exposició de motius assenyala que «d'acord amb la tradició jurídica espanyola, s'ha optat per una fórmula d'especialització en l'ordre penal, dels jutges d'instrucció, fet pel qual es creen els jutjats de violència sobre la dona i s'exclou la possibilitat de creació d'un ordre jurisdiccional nou o l'assumpció de competències penals per part dels jutges civils».

A partir d'aquesta premissa, aquests jutjats han de conèixer de la instrucció i, si escau, de la decisió de les causes penals en matèria de violència sobre la dona, així com de les causes civils relacionades. Es persegueix que unes i altres, en la primera instància, siguin objecte de tractament processal davant el mateix òrgan, de manera que l'integral rau en la protecció més gran, més immediata i més eficaç de la víctima, com també els recursos per evitar reiteracions en l'agressió o l'escalada en la violència.

El Ple del Consell General del Poder Judicial, en l'informe aprovat el 21 de març del 2001, ja es va plantejar com a necessària l'existència de jutjats especialitzats i la racionalització de les normes de repartiment per tal de millorar el rendiment del sistema judicial davant el fenomen dels maltractaments. Cal recordar que la R13 (85) del Comitè de Ministres del Consell d'Europa sobre la violència en la família recomana estudiar la possibilitat d'encarregar únicament els assumptes de violència en la família a membres especialistes de l'autoritat judicial i d'instrucció, o també als tribunals decisoris.

Això vol dir que, en no ser vinculant ni preceptiu un model organitzatiu concret, sempre es pot acudir a la via de l'article 98 de la Llei orgànica del



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

poder judicial i el capítol I del títol II (articles 16 i següents) del Reglament 5/1995, de 7 de juny, d'aspectes accessoris de les actuacions judicials, perquè s'atribueixi el coneixement de les causes de violència domèstica a uns òrgans concrets amb l'exclusió d'altres del seu àmbit territorial.

Per això, el Consell valora positivament acudir a la idea d'**especialització, però funcional**; ara bé, **una altra cosa és, primer, la creació d'uns òrgans específics més enllà de la pura especialització funcional, i en segon lloc, i per raó del que hem dit fins ara, l'establiment d'un tipus de jurisdicció especial per raó del sexe d'una de les parts, cosa característica de l'Antic Règim i afortunadament superada ja al llarg del segle XIX.**

En efecte, hem de considerar que hi ha diversos ordres jurisdiccionals que distribueixen el coneixement de matèries pròpies de cadascun als diferents òrgans jurisdiccionals de cadascuna d'aquestes jurisdiccions. És l'article 9 de la Llei orgànica del poder judicial, que no és reformat per l'Avantprojecte, el que distribueix els assumptes entre els diferents ordres jurisdiccionals. Correspon a l'ordre penal el coneixement de les causes i judicis criminals, i a l'ordre civil, les matèries que li són pròpies. I mentre l'ordre jurisdiccional civil abasta tots els assumptes no atribuïts a cap altre ordre —jurisdicció residual—, la preferència de l'ordre jurisdiccional penal determina que, d'acord amb l'article 10 de la Llei orgànica del poder judicial, aquesta jurisdicció pugui conèixer de matèries pròpies d'un altre ordre jurisdiccional a sols efectes prejudicials. La jurisdicció és en tot cas improrrogable.

D'acord amb això, el jutge de l'ordre jurisdiccional penal només coneix d'assumptes penals i únicament de les matèries pròpies d'un altre ordre jurisdiccional que incideixi en el procés penal com a qüestió prejudicial. No obstant això, l'Avantprojecte va més enllà en atribuir a l'òrgan penal anomenat



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

jutjat de violència sobre la dona matèries pròpies de l'ordre jurisdiccional civil, no amb caràcter prejudicial sinó principal. **Estem, doncs, davant una espècie de commixió de jurisdiccions, que té com a resultat una jurisdicció especial, la de violència sobre la dona, un híbrid que combina aspectes penals i civils —i aquests, de diversa índole— i sense que es perdin de vista les conseqüències jurídico-laborals de les seves decisions (cf. Article 18).**

Cal tenir en compte que l'existència del model tradicional de jutjats mixtes, de primera instància i instrucció, no representa la confusió de jurisdiccions. El jutge únic actua com a jutge de primera instància en l'àmbit civil o com a jutge d'instrucció en el penal, però amb separació nítida d'ordres jurisdiccionals, sense cap barreja.

Doncs bé, des del punt de vista del disseny orgànic judicial es pot advertir que la raonabilitat en el disseny de l'organigrama judicial comporta que els òrgans judicials hagin de crear-se considerant les branques de l'ordenament jurídic, les instàncies i graus processals o la necessitat d'especialització funcional a propòsit d'una matèria concreta.

Sobre aquesta idea d'especialitat funcional es pot compartir la creació d'aquests jutjats, com ja hi ha els de família, menors o vigilància penitenciària. Ara bé, el criteri d'especialització fet servir ara no és el d'una branca de l'ordenament o matèria, sinó que en l'ordre penal es crea una especialització que obeeix un objectiu polític —lluitar contra la violència respecte de la dona— i pren per base el sexe de la víctima i l'ànim o intenció de l'agressor.

A més, la previsió de l'Avantprojecte juntament amb la memòria econòmica és triple, perquè hi pot haver tres solucions:



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- que es creïn de nova planta un total de 21 jutjats de violència nous en les poblacions on la càrrega de feina ho aconselli així, i que es dedicarien exclusivament a aquesta matèria
- que, també amb dedicació exclusiva, es transformin jutjats ja existents en jutjats de violència sobre la dona, cosa que s'ha de fer quan no calgui crear-ne un de nova planta, i, per últim,
- compatibilitzar jutjats d'instrucció o de primera instància i instrucció ja existents

Cal ressaltar que la iniciativa informada no va acompanyada de cap estudi estadístic que doni idea del que representarà per a l'organització judicial aquesta mesura. S'ignora realment quants òrgans de nova planta s'han de crear, s'ignora com incidiran en els jutjats d'instrucció i, sobretot, en els de família que ja hi ha, i, en aquest cas, si hi haurà un buidament competencial per un transvasament d'assumptes massiu o limitat. Al mateix temps, no s'ha valorat si amb aquesta Llei es potenciarà que la via penal tingui un «efecte crida» en la consideració dels litigis de família o si pels efectes laborals i funcionaris més que efecte crida es pot pensar en un efecte multiplicador.

O, per dir-ho d'una altra manera, es pot plantejar si la criminalització de les causes civils, els efectes funcionaris i laborals que comporta promoure una causa competència d'aquests òrgans més les especialitats processals que inclou el text sobre el qual emetem informe, i tot basat en la idea que s'està davant una jurisdicció determinada pel sexe, es pot plantejar, diem, si tot en conjunt no produirà una distorsió profunda en la planificació de la planta judicial.

En aquest sentit, cal recordar que la lògica del sistema és que el primer és la norma substantiva (ja sigui civil o penal), i depenent d'aquesta es configuren els processos —d'aquí el fet adjectiu del Dret processal—, i en



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

funció d'aquestes dues premisses s'organitzen els jutjats i tribunals.

No obstant això, en aquest cas la reforma es basa, primer de tot, en una idea de tractament judicial integral de les causes en les quals és víctima una dona objecte de violència. Sobre aquesta base es pensa primer en l'instrument —jutjats—, per donar-li contingut s'alteren les regles de competència i especialització i tot plegat, finalment, assolirà l'aspecte substantiu de les normes aplicables en els litigis de família. En configurar-se aquests dos òrgans com a especialitat en l'ordre penal —així ho diu l'exposició de motius—, totes les matèries civils competència d'aquests òrgans es desdibuixen en la seva naturalesa.

La creació d'aquests jutjats produeix, a més, efectes indirectes poc plausibles. Es compromet l'aparença d'imparcialitat que un òrgan judicial ha de presentar, perquè un òrgan que té com a funció exclusiva la tutela de la dona pot oferir dubtes d'imparcialitat per a l'home pel que fa a l'aparença que es dona a aquests òrgans és que es creen no per aplicar justícia amb imparcialitat, sinó per lluitar contra una patologia concreta de les relacions home-dona i que es tradueix en l'ànim de l'agressor concretat en l'article 1.2, ànim que es pot arribar simplement a presumir que hi és. Aquesta dada és important, perquè si l'agressor no agredeix la dona amb la intenció de discriminar-la o amb l'ànim de mantenir la relació de poder que exerceix sobre ella, sinó amb ànim de venjança o per arravatament o gelosia, aquests mateixos fets els han de jutjar altres jutges, o fins i tot quan ho faci el mateix, ho ha de fer d'acord amb altres procediments.

Per concloure aquest apartat cal fer notar que, si bé en la Llei 27/2003 esmentada tantes vegades ja s'atribueix als jutges d'instrucció en funcions de guàrdia la possibilitat d'adoptar mesures d'indole civil (cf. nou article 544 *ter* 5 i 7 i Llei d'enjudiciament criminal), aquesta previsió es fa des dels criteris



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

següents:

- La competència no és d'uns òrgans de nou disseny i creació, sinó sobre els que ja existeixen.
- Hi ha limitació temporal pel que fa a les mesures civils que es puguin adoptar i pel que fa al tipus de mesures.
- Tot aquest règim es refereix a la violència domèstica, sense discriminar el sexe de la víctima ni apreciar la intenció de l'agressor.

Per contra, el text del qual fem informe es caracteritza pel següent:

- Generarà un règim paral·lel al que ja hi ha, amb risc de solapament.
- Es basa en un tipus nou d'òrgans judicials al marge, en principi, dels jutges d'instrucció.
- Es refereix només a la dona víctima de violència i en les circumstàncies de l'article 1.2.
- S'aplica a més delictes i es generalitza l'assumpció de competències civils dels nous jutges, mesures que no han de ser conjunturals.

En definitiva, i com ja hem dit, amb el text sobre el qual elaborem informe, lluny d'avaluar-se l'experiència de l'aplicació de la Llei 27/2003 i sobre aquesta adoptar decisions normatives, s'opta d'una banda per sobrepassar-la (nous jutges, més competències, generalització de competències civils), però, a la vegada, es restringeix (només per a dones), cosa que genera un preocupant panorama de confusionisme processal i competencial. Per aquestes raons suggerim una reflexió i una reconsideració més profundes de la iniciativa informada.



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

4. Sobre les regles de distribució de competència

a) Atribució de competències penals

S'incorpora per mitjà de l'article 33 de l'Avantprojecte un nou article 87 *ter* a la Llei orgànica del poder judicial per atribuir competència als anomenats jutjats de violència sobre la dona. Correlativament es reforma l'article 87 de la Llei orgànica esmentada i l'article 14 de la Llei d'enjudiciament criminal amb la finalitat de treure al jutge d'instrucció la competència per instruir les causes que siguin competència dels jutjats de violència sobre la dona.

La idea rectora d'aquesta atribució competencial consisteix a atribuir el coneixement d'uns delictes determinats —homicidi, avortament, lesions, lesions al fetus, delictes contra la llibertat, tortures i altres delictes contra la integritat moral, contra la llibertat i la indemnitat sexuals o qualsevol altre delicte comès amb violència o intimidació— en funció que *«s'haguessin comès contra qui sigui o hagi estat la seva muller, o dona que estigui o hagi estat lligada a l'autor per una relació anàloga d'afectivitat, fins i tot sense convivència»*. Però només en els casos d'haver-se produït *«amb ocasió d'actes de violència sobre la dona en els termes de l'article 1 de la Llei orgànica, integral de mesures contra la violència sobre la dona»*, tal com estableix l'apartat 5è projectat de l'article 14 de la Llei d'enjudiciament criminal. **És a dir, els jutjats de violència sobre la dona reben competència si concorren els pressupòsits següents:**

1r Que el subjecte actiu sigui l'home i el passiu, la dona, en els casos establerts.

2n Que els delictes enumerats es cometin *«per mantenir la discriminació, la desigualtat i les relacions de poder dels*



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

homes sobre les dones».

El jutjat de violència sobre la dona assumeix la competència per a la instrucció d'aquests delictes i la treu al jutge ordinari, el jutge d'instrucció, i per al coneixement i decisió d'unes faltes determinades. Això ens duu a reflexionar, en primer lloc, sobre l'àmbit objectiu de competència i, en segon lloc, si hi ha raons per atribuir la instrucció d'aquests delictes a un òrgan judicial nou, diferent dels jutjats d'instrucció tradicionals.

El primer que es veu és que l'atribució objectiva **no es fa en funció de la matèria, sinó en funció del sexe del subjecte actiu i passiu, perquè la matèria, la classe de delictes que s'atribueixen al coneixement del jutge de violència sobre la dona, és idèntica que la que la Llei vigent atribueix al jutge d'instrucció, cosa que produeix efectes poc raonables perquè, per exemple, la instrucció d'un delicte d'homicidi és idèntica sigui qui sigui la víctima d'aquest delicte.** L'aparença d'imparcialitat objectiva que transmet el jutjat d'instrucció, que rep la seva denominació d'una fase del procés penal, s'esvaeix si la instrucció d'un delicte d'homicidi s'atribueix a un jutjat que no rep la seva denominació per raons funcionals sinó per la qualitat personal del subjecte actiu i passiu del delicte.

Es podria justificar la previsió legal anant als jutjats de menors: l'homicidi que cometi un menor és sempre igual, però aquest terme de comparació s'esvaeix si es té en compte que la raó perquè hi hagi jutjats de menors surt de l'article 25 de la Constitució, de la necessitat de recuperar el menor —persona que s'està fent—; per això hi ha un conjunt d'especialitats penològiques, de tractament i de reeducació. En el cas del qual emetem informe, al marge de l'agreujament o no de les penes, aquestes en si són les mateixes. En definitiva, tot es fa dependre del sexe de la víctima i, repetim, no hi ha cap base capaç de justificar una organització judicial per aquesta raó, de



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

la mateixa manera que no n'hi ha per raó de la raça ni de la ideologia ni de les creences; en definitiva, per cap dels estàndards d'igualtat de l'article 14 de la Constitució.

Pel que fa a l'àmbit objectiu, s'hi inclouen alguns delictes que difícilment es pot concebre que formin part del contingut mateix dels delictes als quals es refereix l'article 1 de l'Avantprojecte, que tants problemes interpretatius presenta. Per exemple, és difícil i fins i tot recargolat pensar que es comet un homicidi o un avortament *«per mantenir la discriminació, la desigualtat i les relacions de poder dels homes sobre les dones»*. Ara bé, **en la realitat criminològica, aquesta motivació especial, que encara que hi intervingués sempre és difícil de provar en el procés, no acostuma a presentar-se en unes figures determinades de delicte com les apuntades, i el que pot conduir, en la pràctica, a la inutilitat d'aquests jutjats, sobretot si s'ha produït la mort de la dona, cas en què la Llei cau per la seva base, esdevé inaplicable, perquè, desgraciadament, ja no hi ha cap mena de violència que calgui prevenir (article 1.1 del text del qual emetem informe). En aquests casos, quin jutge és el competent?**

Però, a banda que aquesta intencionalitat no està present en la majoria dels casos de la realitat quotidiana, encara que ho estigués és ben conegut que els elements subjectius d'un delicte únicament es poden provar en el procés per prova indiciària, després d'un raonament lògic-deductiu que fa el jutge sentenciador després de l'anàlisi de la prova practicada. Des d'aquest punt de vista, **en la mesura que la competència del jutge de violència sobre la dona depèn de la comprovació prèvia d'aquesta motivació especial del subjecte actiu i que aquesta només serà apreciable després del judici oral, en la pràctica seria impossible atribuir competència al jutge de violència per instruir-ne la causa. O, per dir-ho d'una altra manera: fins que no es dicta sentència no se sap si el tràmit s'ha seguit**



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

davant el jutge competent, sense que es pugui acceptar que es presumeixi la intervenció d'aquest ànim en tot cas. I és que el problema rau en atribuir competència no per criteris objectius, sinó en funció de l'ànim de l'autor.

A més de l'anterior, i analitzant en concret l'àmbit objectiu, no té sentit incloure-hi els delictes de tortures en aquesta relació perquè la tortura, tècnicament, és un delicte que cometen «*les autoritats o funcionaris públics, amb abús del càrrec i amb la finalitat d'obtenir una confessió o informació*», sense perjudici que sí que s'hi incloguin els altres delictes contra la integritat moral als quals fa referència el títol VII del llibre II del Codi penal, i sempre que es produeixin en l'àmbit d'aplicació de la Llei.

Tampoc no té sentit incloure-hi tots els delictes comesos amb violència i intimidació sobre la dona, perquè no es comprèn gaire bé quina relació té amb l'objecte d'aquesta Llei algun d'aquests delictes, com, per exemple, la realització arbitrària del dret mateix, el robatori amb violència o intimidació, l'extorsió, etc.

D'altra banda, és igualment criticable que s'inclogui en l'àmbit de la competència d'aquests jutjats la instrucció per qualsevol delicte contra les relacions familiars, si es basa en el fet que la víctima sigui només la dona, perquè, com se sap, en aquest títol XII s'inclouen els delictes de matrimonis il·legals, de la suposició de part i de l'alteració de la paternitat, estat o condició del menor, el trencament dels deures de custòdia i de la inducció de menors a l'abandonament de domicili i l'abandonament de família, menors o incapaços.

En definitiva, els delictes que han d'instruir els jutjats de violència sobre la dona són delictes comuns i no presenten cap singularitat pel que fa a la



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

seva investigació i instrucció que els atribuïts al jutge d'instrucció ordinari. I des del punt de vista de l'adopció de mesures cautelars, el jutge d'instrucció té plenes potestats per a la seva adopció en els límits constitucionals.

b) Atribució per *vis atractiva* de competències civils al jutge de violència sobre la dona

No és nou que en matèries de violència el jutge penal assumeixi funcions civils; aquest és, en definitiva, el model iniciat amb la Llei 27/2003. No obstant això, el salt que ara es fa és qualitatiu. El nou model —com ja hem advertit més amunt— generalitza aquesta possibilitat i, a més, el coneixement d'assumptes d'índole civil, a més de ser més extens, no és purament conjuntural o cautelar.

D'aquesta manera, les matèries de l'ordre civil que s'atribueixen als jutjats de violència són d'allò més variades i, d'altra banda, és censurable l'expressió *poden*, perquè pot semblar que és facultatiu d'aquests jutjats conèixer o no d'aquestes matèries. En tot cas, des de la noció de violència sobre la dona i des de l'objecte de l'Avantprojecte (cf. novament l'article 1) no es comprèn fàcilment l'atribució de matèries com ara la filiació, maternitat i paternitat, reconeixement d'eficàcia civil de les resolucions o decisions eclesiàstiques en matèria matrimonial, relacions paternofilials en general, o les que tinguin per objecte l'adopció o modificació de mesures de transcendència familiar quan no es relacionen de manera completa en la Llei mateixa ni es duu a terme la modificació necessària de la Llei d'enjudiciament civil, i això encara que concorrin de manera simultània els requisits als quals es refereix l'apartat 3r de l'article 87 *ter*.

En qualsevol cas, es troba a faltar o es poden intuir els efectes contraproductius que pot ocasionar la manca de referència a d'altres matèries que, sense que l'objecte de la Llei les afecti, tenen una transcendència



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

especial, com és la guarda i custòdia de fills i filles menors o el judici d'aliments reclamats per un progenitor contra l'altre en nom dels fills i filles menors.

Cal tenir en compte, d'altra banda, que el precepte, a més, deixa sense resoldre importants problemes en relació amb l'inici i la pèrdua de la competència civil pel jutge de violència sobre la dona. El dret al jutge natural que la Llei predetermina és un dels principis bàsics de l'ordenament jurídic espanyol (article 24.2 de la Constitució), de manera que si només s'exigeix perquè el jutge de violència assumeixi competències per a la instrucció de qualsevol dels delictes o per enjudiciar alguna de les qüestions civils als quals fa referència l'article 87 *ter*, que «*s'hagi iniciat*» un procés penal per delicte o falta a conseqüència d'acte de violència sobre la dona, o s'hagi adoptat una ordre de protecció, **ens podem trobar que, d'alguna manera, quedi a mercè de les parts —en aquest cas, la suposada víctima— l'elecció del jutge competent, perquè el simple inici d'una instrucció penal respon al sol fet d'interposar denúncia**, sense que el text del qual emetem informe prevegi la possibilitat que gairebé de manera immediata s'arxivin les diligències penals o, més endavant, se sobresegui el procediment, fins i tot de manera provisional.

En aquests casos, què pot passar amb els procediments civils que està tramitant el jutge si arriba a donar-se alguna d'aquestes situacions? Teòricament, el jutge de violència deixaria de conèixer de totes les causes civils per manca del pressupòsit de fet del nou article 87 *ter* 3. c, per la qual cosa podríem assistir a un poc aconsellable transvasament d'assumptes civils que, per exemple, van del jutge de família al de violència i d'aquest, novament, al de família. Que no és necessària aquesta especialització queda demostrat quan el que conegui d'aquestes causes sigui un jutge de primera instància i instrucció que també assumeixi tasques de violència: el transvasament d'assumptes ha de ser «en ell mateix».



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

D'altra banda, també cal preguntar-se fins a quin punt n'hi ha prou que el jutge remeti les actuacions a l'òrgan judicial que consideri competent quan apreciï que «*de manera notòria*» els fets no constitueixen expressió de violència sobre la dona, perquè, fora de la indefinició de l'expressió, tampoc no queda clar si la remissió la pot fer en qualsevol moment en què constati la falta de relació dels fets amb la matèria objecte d'aquesta Llei, sobretot per la imprecisió de l'article 1 de l'Avantprojecte.

c) Sobre la pèrdua sobrevinguda de competència objectiva: dret al jutge ordinari

L'article 38 regula la «*pèrdua de la competència objectiva quan hi es produeixin actes de violència sobre la dona*», i afegeix un nou article 49 *bis* a la Llei d'enjudiciament civil. Sobre aquest particular, el Consell aprecia la possible col·lisió de la mesura amb el dret al jutge ordinari predeterminat per la Llei. Així, cal tenir en compte que el Tribunal Constitucional té declarat des de la STC 47/1983 que el dret constitucional al jutge ordinari predeterminat per la Llei reconegut en l'article 24.2 de la Constitució exigeix que l'òrgan judicial hagi estat creat prèviament per la norma jurídica, que aquesta l'hagi revestit de jurisdicció i competència amb anterioritat al fet motivador de l'actuació o procés judicial i que el seu règim orgànic i processal no permeti qualificar-lo d'òrgan especial o excepcional. **Per tant, si un fet posterior a l'atribució de la competència serviria per privar el jutge de l'assumpte del qual ja coneix, el dret a jutge predeterminat es pot vulnerar.**

Les raons són les següents:

En primer lloc, resulta més correcte que en els supòsits en els quals legalment és procedent la inhibició d'un òrgan a favor d'un altre, es faci a favor



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

del jutge que estigués coneixent de l'assumpte primer, perquè si no, n'hi hauria prou amb promoure una nova acció amb el mateix objectiu davant un altre òrgan judicial amb posterioritat per aconseguir la remoció del primer. Així, per exemple, l'article 79 de la Llei d'enjudiciament civil disposa que els processos més moderns s'han d'acumular amb els més antics, i l'antiguitat es determina per la data de presentació de la demanda. La raó que els assumptes més moderns siguin els que s'acumulen és clara: el contrari permetria a les parts disposar de la competència de l'òrgan judicial.

Doncs bé, l'Avantprojecte (article 38) afegeix el nou article 49 *bis* a la Llei d'enjudiciament civil, segons el qual *«quan un jutge o tribunal que estigui coneixent d'un procediment civil tingui notícia de la comissió d'un acte de violència sobre la dona en els termes de l'article 1 de la Llei orgànica, integral de mesures contra la violència exercida sobre la dona, que hagi donat lloc a la iniciació d'un procés penal o a una ordre de protecció, després de verificar la concurrència dels requisits previstos en l'article 87 ter, paràgraf 3, la Llei orgànica del poder judicial s'ha d'inhibir i trametre les interlocutòries en l'estat en què estiguin al jutge de violència sobre la dona que sigui competent»*. És a dir, es disposa la inhibició del jutge que ja està coneixent amb anterioritat **per raó d'un fet nou** a favor del jutge més modern, cosa que altera la solució ordinària d'aquests problemes de concurrència de processos.

És cert que la jurisdicció i competència del jutjat de violència sobre la dona es determina amb anterioritat al fet motivador de l'actuació o procés judicial, però amb relació al jutjat de primera instància la pèrdua sobrevinguda de competència per un fet posterior equival a una indeterminació del jutge que, en definitiva, coneixerà de l'assumpte, i des d'aquest punt de vista **es contradia el dret al jutge ordinari predeterminat per la Llei, perquè estaria predeterminat només provisionalment o de manera condicionada pel fet**



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

que la competència civil estaria subjecta al fet que no es donés una condició resolutòria —la realització d'actes de violència—, cosa que en última instància depèn de la voluntat de l'autor.

En aquestes condicions, la reforma projectada en l'article 38 de l'Avantprojecte vulnera clarament el dret al jutge ordinari predeterminat per la Llei (article 24.1 de la Constitució).

I, en segon lloc, cal tenir en compte que aquest article 49 *bis* representa la pèrdua de competència, cosa que afecta també la inamovilitat judicial. És igual remoure el jutge per privar-lo del coneixement de l'assumpte que, sense moure'l, privar-lo de l'assumpte traient-li la competència inicial. Per exemple, un marit descontent amb l'evolució del procés judicial de separació pot apartar el jutge del coneixement de l'assumpte realitzant qualsevol acte de violència sobre la seva muller. I en sentit invers, la muller pot dur al fòrum del jutge de violència l'assumpte civil per la mera interposició d'una denúncia o la sol·licitud d'una ordre de protecció.

Per últim, es planteja què passa amb les causes civils de les quals coneixeria el jutge de violència, però que quan aquest inicia les actuacions ja estan en segona instància. En principi no tindria lloc que el jutge de violència fes cap requeriment d'inhibició al jutge de primera instància perquè aquest no té competència funcional. Tot i això, el nou article 49 *bis* 1 i 2 de la Llei d'enjudiciament civil es refereix al «jutge o tribunal», i, per tant, aquesta referència al «tribunal» sembla que indiqui que una audiència provincial —òrgan d'apel·lació— pot ser requerida d'inhibició, i que s'ha d'inhibir a favor del jutge de violència. Doncs bé, per més xocant que sigui, es pot donar aquesta possibilitat? I si és així, significa que el jutge de violència pot revisar la decisió presa en la primera instància civil? Aquests punts necessiten aclariment.



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

d) Judicis ràpids, jutges d'instrucció de guàrdia i jutges de violència

Tal com hem dit més amunt, el model del qual emetem informe produeix evidents deficiències. En efecte, és cert que la disposició addicional sisena preveu que, en el termini de sis mesos des de l'entrada en vigor de l'Avantprojecte del qual informem, el Consell General del Poder Judicial ha de dictar un reglament per adequar els serveis de guàrdia a l'existència dels nous jutjats de violència sobre la dona. Doncs bé, sorgeixen almenys dos problemes que cal que el legislador resolgui sense esperar al desenvolupament reglamentari que faci aquest Consell.

En primer lloc, el procediment dels anomenats «judicis ràpids» (títol III del llibre IV de la Llei d'enjudiciament criminal) resulta aplicable per a la instrucció i l'enjudiciament dels «delictes de lesions, coaccions, amenaces o violència física o psíquica habitual comesos contra les persones a les quals es refereix l'article 173.2 del Codi penal» (article 795.1.2a, a, Llei d'enjudiciament criminal); a més, l'article 14.3 de la Llei d'enjudiciament criminal preveu que el jutge d'instrucció de guàrdia del lloc de comissió del delicte dicti sentència de conformitat, en els termes de l'article 801 de la Llei d'enjudiciament criminal. D'altra banda, l'article 926.2 del mateix text disposa l'enjudiciament immediat de les faltes de l'article 620 del Codi penal sempre que en aquest últim cas l'ofès sigui alguna de les persones a les quals es refereix l'article 173.2 del mateix Codi. I, per últim, no convé oblidar que la tramitació dels judicis ràpids esmentats per delicte i per falta la fa el jutge d'instrucció en funcions de guàrdia (article 797 i següents Llei d'enjudiciament criminal i article 40.1 del Reglament CGPJ 5/95, sobre aspectes accessoris de les actuacions judicials).

En segon terme, el legislador ha de tenir present que el sistema de l'**ordre de protecció** previst en la Llei 27/2003 descansa principalment en l'actuació urgent del jutjat d'instrucció en funcions de guàrdia, cosa que està



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

directament relacionada amb la necessitat de donar una resposta àgil i ràpida a la víctima. Aquesta constatació necessàriament ha de desplegar conseqüències en l'organització dels jutjats de violència, sense que aquest problema quedi resolt amb el que disposa l'article 42 de l'Avantprojecte ni pel nou article 81.1 e Llei orgànica del poder judicial que el mateix Avantprojecte introdueix en l'apartat 3 de la disposició addicional vuitena.

Tot això vol dir que una part important dels processos en aquest àmbit que serien competència dels jutges de violència, en realitat han de ser tramitats per les vies dels judicis ràpids per delictes i per falta i, per tant, pels jutjats d'instrucció en funcions de guàrdia, cosa que pot resultar incompatible amb la regulació dels jutjats de violència sobre la dona que preveu l'Avantprojecte. **Per tant, s'ha de concloure que els casos típics de violència domèstica els ha d'instruir el jutge de guàrdia del lloc de comissió per mitjà d'aquestes diligències urgents.**

Tenint en compte els principis d'oralitat, concentració i immediació que regeixen avui dia el procés civil, el jutge que l'estigui coneixent no es pot inhibir en favor del jutge de violència, perquè un cop iniciades les sessions del judici oral és l'únic competent per dictar-ne la sentència, excepte que perdi eficàcia totes les actuacions que s'han fet, amb la consegüent dilació indeguda. I, el que sí que és cert és que no es preveu per de cap manera que el jutge de violència es constitueixi en guàrdia permanent, per molta adequació que calgui fer a tenor de la disposició addicional sisena, i llavors —excepte si s'opta per una política de creació d'aquests nous òrgans il·limitada— de què serveixen les especialitats de la Llei en aquests casos, si la competència no serà del jutge de violència?

També planteja problemes la compareixença que es preveu en l'apartat 2n del nou article 49 *bis* (article 38 de l'Avantprojecte), en la qual el jutge



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

queda convertit en un simple espectador i, en tot cas, garant d'unes formalitats processals determinades, sense haver d'adoptar cap decisió respecte d'això. Si, tal com s'ha anunciat, en el marc de la reforma judicial es pretén donar més competències al ministeri fiscal, sembla més raonable que la compareixença se celebri directament davant d'ell per tal que, en els terminis prudencials que es fixin, en qualsevol cas, breus, adopti la decisió corresponent per tal de denunciar els actes de violència o sol·licitar l'ordre de protecció.

A més, aquest nou article 49 *bis* 2 de la Llei d'enjudiciament civil diu que el jutge civil que tingui coneixement d'un cas de violència contra la dona, deduïble dels assumptes que conegui, l'ha de posar en coneixement del fiscal, *«després de la qual el fiscal ha de decidir si procedeix en les 24 hores següents a denunciar els actes de violència sobre la dona o a sol·licitar ordre de protecció davant el jutjat de violència sobre la dona que sigui competent»*. Si és de «manera immediata» —sense temps per pensar—, quin sentit té dir al fiscal que immediatament ha de decidir què farà en les 24 hores següents?

En el mateix precepte es deroga el règim general de les qüestions de competències entre jutges i tribunals de l'ordre civil, en concret per no donar audiència a les parts i al ministeri fiscal, cosa que pot donar lloc a situacions d'indefensió contràries a l'article 24.1 de la Constitució amb independència del fet que, per raons d'urgència, es pugui entendre que puntualment sigui necessari assumir la competència en unes matèries determinades de l'àmbit de la Llei, tot i possibilitar, en aquest cas, el recurs corresponent o obligar el jutge a una ratificació posterior de la mesura, prèvia audiència de les parts.

e) La competència territorial penal en funció del domicili de la víctima

Es produeix una alteració substancial dels criteris d'atribució de



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

competència en matèria penal. Tal com és ben sabut, **el fur preferent, segons l'article 14 de la Llei d'enjudiciament criminal, és el del lloc de comissió del delicte**, perquè s'entén que és allà on s'ha produït la ruptura de la convivència social i és més fàcil la persecució del fet criminal. **És cert que l'article 15 esmenta altres furs alternatius, però no el del lloc de domicili de la víctima**, criteri competencial absolutament innovador que s'introdueix en l'article 39 de l'Avantprojecte en afegir un nou article 15 *bis* a la Llei d'enjudiciament criminal.

Cal tenir en compte que la fixació de la competència territorial en funció del lloc de comissió del delicte té una explicació dogmàtica clara, i només quan no n'hi hagi es poden arbitrar altres furs subsidiaris. El principi de territorialitat determina l'àmbit espacial d'aplicació de la norma penal. És universalment reconegut que l'Estat en l'espai de sobirania del qual s'ha comès el delicte té el poder punitiu, i el principi de territorialitat no es discuteix. Per això, fins i tot dins l'Estat mateix, el criteri territorial de comissió de delicte és el criteri preferent per a l'atribució de la competència.

És clar que abans de determinar el fur intern, el delicte s'ha d'haver comès a Espanya. I, determinat el poder punitiu de l'Estat, les regles de distribució interna de la competència poden combinar diversos factors. Fins ara, la Llei d'enjudiciament criminal ha fet servir com a fur preferent el del lloc de comissió del delicte (*forum delicti commissi*) sobre la base que és en el lloc on es comet el fet on es produeix la proximitat més gran entre el fet i el procés, cosa que facilita la investigació perquè serà en aquell lloc on es trobaran més fàcilment les fonts de prova. La investigació a distància és més complicada (recollida de vestigis del fet, declaracions de testimonis del lloc, etc.). I el que pot representar un afavoriment de la víctima pot ser una càrrega excessiva per a tercers, com, per exemple, els testimonis residents al lloc del fet que s'han de desplaçar al partit judicial del domicili de la víctima per prestar el testimoni



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

degut.

A més, el fet de comissió és inalterable per voluntat de les parts. El fet es comet on té lloc efectivament. Per contra, determinar la competència en funció del domicili de la víctima és alterable per la voluntat d'ella. I si inicialment té com a finalitat afavorir la proximitat de la víctima a l'òrgan és a costa de la llunyania entre l'òrgan i el fet. A més, un simple canvi de domicili de la víctima frustraria la finalitat de la norma.

f) De la competència per connexió

En l'article 40 de l'Avantprojecte s'afegeix un nou article 17 *bis* a la Llei d'enjudiciament criminal per estendre la competència dels jutjats de violència sobre la dona als delictes i faltes connexes, sempre que la connexió tingui l'origen en algun dels supòsits previstos en els números 3 i 4 de l'article 17, és a dir, els comesos com a mitjà per perpetrar-ne d'altres o facilitar-ne l'execució i els comesos per provocar la impunitat d'altres delictes.

Amb aquesta previsió, d'una banda, poden quedar fora de la competència dels jutjats de violència sobre la dona alguns delictes connexos que indubtablement també es poden produir en l'àmbit de la Llei especial, i de l'altra, deixen fora de manera remarcable els supòsits del número 5 del mateix article 17.

g) Protocols elaborats per la Comissió de Seguiment de l'Ordre de Protecció

Com ja se sap, arran de la Llei 27/2003 (disposició addicional segona) es va constituir una Comissió de Seguiment el 22 de juliol de 2003, instància en la qual participen aquest Consell així com la Fiscalia General de l'Estat, els



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

ministeris afectats, comunitats autònomes, la Federació de Municipis i Províncies, advocats i procuradors.

Arran del seu treball s'han elaborat nombrosos protocols, de manera que s'hauria de considerar la possibilitat que el contingut d'alguns d'aquests instruments, així com d'altres idees i suggeriments, s'incorporin a l'Avantprojecte per donar-los un valor normatiu que els faria més eficaços. Però, en tot cas, i com hem dit amb insistència, sobre el nou règim establert per la Llei 27/2003 se'n sobreposa un altre de nou en un espai de temps curtíssim, amb un risc clar de confusionisme processal i solapament competencial si es compara l'actuació d'aquesta Comissió amb les funcions del nou Observatori (cf. article 25.2 del text del qual fem informe).

h) Publicitat vexatòria i competència del jutge de violència

En la vocació integral del text sobre el qual emetem informe es modifica la Llei general de publicitat. En l'apartat VII d'aquest Informe analitzarem aquests aspectes i molt especialment tot el que té relació amb l'atribució per sorpresa de competència a aquests jutjats de violència —cal no oblidar que són una especialitat en l'ordre penal— per conèixer també de les accions de cessació de publicitat vexatòria, de clara connotació civil i poca relació amb la violència sobre la dona.

5. Sobre la legitimació processal de la Delegació del Govern contra la Violència sobre la Dona

Sobre aquest òrgan només es pot emetre informe sobre l'article 24.2, pel fet que preveu que *«ha d'estar legitimada davant els òrgans judicials per intervenir en defensa dels drets i dels interessos tutelats en aquesta Llei»*.



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

És evident que si la Delegació esmentada és un òrgan de l'Administració Central de l'Estat, no es configura com un organisme públic dotat de personalitat jurídica pròpia, i per tant no pot tenir legitimació processal perquè no té capacitat processal. Per tant, per tal que estigui legitimada cal que es creï expressament com a organisme públic. Si no, la que estarà legitimada serà l'Administració Central mateixa.

Un altre cop, en l'epígraf VII de l'Informe present, tornarem sobre aquesta legitimació i la dels serveis socials a tenor de l'article 14.

6. Sobre les funcions del ministeri fiscal

L'Avantprojecte crea el fiscal contra la violència de la dona, encarregat de la supervisió i coordinació del ministeri fiscal en aquest aspecte mitjançant la creació d'una secció equivalent en cada fiscalia dels tribunals superiors de justícia i de les audiències provincials a les quals s'han d'adscriure fiscals amb especialització en la matèria. Els fiscals han d'intervenir en els procediments penals pels fets constitutius de delictes o faltes la competència dels quals estigui atribuïda als jutjats contra la violència sobre la dona, a més d'intervenir en els processos civils de nul·litat, separació o divorci, o que versin sobre guarda i custòdia dels fills menors en què s'al·leguin maltractaments al cònjuge o als fills.

Com a antecedent s'ha d'esmentar la Circular 1/1998 sobre intervenció del ministeri fiscal en la persecució dels maltractaments en l'àmbit domèstic i familiar, per la qual es va crear en cada fiscalia el Servei de Violència Familiar, per al seguiment i l'atenció de les causes d'aquesta naturalesa.

Com hem fet notar més amunt, el paper que s'atribueix al ministeri fiscal no és en si especialment innovador perquè, al marge que es mantingués



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

l'article 1.2 íntegrament, aquest Consell entén que abans de crear una categoria nova d'òrgans unipersonals s'hauria de basar el pes de la tutela judicial en l'existència ja d'instàncies que poden i han d'assumir una funció coordinadora. És el cas del ministeri fiscal. **Resulta xocant que, havent anunciat un futur protagonisme del ministeri fiscal en la reforma de la justícia, en la Memòria econòmica es preveu que la despesa per a aquest ministeri serà de zero, i per tant tota la seva actuació s'ha de basar en un fiscal delegat i en la creació de seccions en les fiscalies que ja hi ha. Per contra, serà l'organització judicial la que creixerà, de manera que, com ja es va anunciar, una vegada més tot dependrà dels jutges.**

En definitiva, cal potenciar encara més el ministeri fiscal com a instrument de seguiment de les diferents causes tant penals com civils en un mateix àmbit domèstic. En aquest sentit, és contradictori que l'article 50 de l'Avantprojecte prevegi que el Fiscal General de l'Estat ha de nomenar, com a delegat, un fiscal contra la violència sobre la dona, i que aquest delegat intervingui no en totes les causes penals sinó només «*en els processos penals de transcendència especial apreciada pel Fiscal General de l'Estat*» (article 18 *quater* 1 a de l'Estatut orgànic del ministeri fiscal), mentre que per a les causes civils —teòricament supeditades a les penals— intervé sempre (article 18 *quater* 1 b de l'Estatut).

En segon lloc, i si és que la potenciació del fiscal no produeix resultats positius, més que per la creació d'òrgans nous s'ha d'optar, com ja hem dit, per l'especialització funcional dels òrgans que ja hi ha, i un cop obtinguda experiència sobre la incidència de la Llei i, sobretot, sobre la incidència de reformes processals, decidir a mitjà termini si és aconsellable crear o no un tipus nou de jutjats. El que no es pot fer és crear primer un òrgan que, presumiblement, potenciarà la litigiositat.



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

VI

OBSERVATORI NACIONAL DE VIOLÈNCIA SOBRE LA DONA I FORMACIÓ DE JUTGES I MAGISTRATS

1. Observatori Nacional de Violència sobre la dona

L'article 25 preveu, en la tutela institucional, la creació de l'Observatori Nacional de Violència sobre la Dona. Respecte d'això hem de cridar l'atenció sobre l'existència de l'Observatori contra la Violència Domèstica i de Gènere, ja creat com a conseqüència del conveni signat el 26 de setembre de 2002 pel Consell General del Poder Judicial i els ministeris de Justícia i Treball i Assumptes Socials, per al tractament de la violència domèstica i de gènere en l'àmbit de l'Administració de Justícia.

Aquest observatori es va crear amb l'objectiu de donar efectivitat a les actuacions que cadascuna de les tres institucions per separat desenvolupaven en la matèria i ampliar la seva composició a les comunitats autònomes amb competències en matèria de justícia i a la Fiscalia General de l'Estat, per complir així amb el principi constitucional de coordinació administrativa en defensa, garantia i protecció dels drets fonamentals dels ciutadans. Des de la seva creació, l'Observatori ha fet una important tasca.

Les activitats més importants desenvolupades per l'Observatori són, entre d'altres, les següents:

1a La feina d'investigació de seguiment de les sentències i resolucions judicials dictades pels jutges, per tal de saber de quina manera



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

s'apliquen les lleis que les cambres legislatives aproven, i per avaluar l'eficàcia de les reformes legislatives.

2a Creació d'un registre central per a la protecció de les víctimes de la violència domèstica, inclòs en la Llei 27/2003, de 31 de juliol, reguladora de l'ordre de protecció i aprovat per Reial decret 355/2004.

3a Reunions de l'Observatori amb col·lectius i associacions relacionats amb la matèria.

4a Feines de divulgació especialment entre jutges, fiscals, advocats, procuradors, administracions públiques, universitats, associacions, Defensor del Poble, serveis socials, etc.

5a Creació de la Comissió de Seguiment de l'Ordre de Protecció integrada per representants del Consell General del Poder Judicial, Ministeri de Justícia, Ministeri de Treball i Assumptes Socials, Fiscalia General de l'Estat, comunitats autònomes amb competències en matèria de justícia, representants de col·legis professionals en l'àmbit de la justícia i la Federació de Municipis i Províncies, amb competències per a l'elaboració de protocols d'abast general per a la implantació de l'ordre de protecció i d'instruments adequats per a la coordinació entre jutges i tribunals i administracions públiques.

6a Formació de jutges i magistrats, organitzats l'any 2003 un congrés i tres cursos, i l'any 2004, un seminari.

Aquest Consell del Poder Judicial considera oportuna la supervivència de l'Observatori ja existent perquè els àmbits d'actuació no cal que se solapin, perquè el que ja està creat no avalua la violència sobre la dona en l'àmbit



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

educatiu, laboral i funcionarial i se ceneix al de l'Administració de Justícia. S'ocupa de la recollida de dades en relació amb l'activitat judicial, d'elaborar estadístiques i de la formació específica de jutges i magistrats, sense perjudici de l'establiment de fórmules de cooperació entre ambdós.

Es podria produir una confusió en fer servir la mateixa denominació, però el cert és que a la Comunitat Autònoma de Madrid ja hi ha un altre Observatori sobre la Violència Domèstica, sense que fins ara hi hagi hagut cap conflicte o solapament de funcions.

En conseqüència, se suggereix que l'article 25 es traslladi a les disposicions addicionals amb un contingut que faci referència a l'Observatori ja existent i a les mesures oportunes de coordinació que s'entenguin que són pertinents.

2. Formació de jutges i magistrats

L'article 36 introdueix una previsió inadequada per al text del qual emetem informe perquè la formació de jutges i magistrats, per afectar el seu estatut professional, és matèria que s'ha de reservar a la Llei orgànica del poder judicial, especialment després de la seva reforma per la LO 19/2003, en particular els articles 207 i 433 *bis*.

Però és que, a més, resulta inapropiat que es prevegi que tant aquest Consell com el Govern i les comunitats autònomes (se suposa que aquestes dues instàncies respecte del personal al servei de l'Administració de Justícia i forenses, si bé no es diu res dels secretaris judicials) hagin d'assegurar que els jutges i magistrats tinguin una formació específica relativa a la igualtat i no-discriminació per raó de sexe, és a dir, una formació sobre l'article 14 de la Constitució. N'hi ha prou amb acostar-se al programa d'oposicions per a



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

l'ingrés en la carrera judicial, al programa docent de l'Escola Judicial aprovat per unanimitat per aquest Consell i als diversos cursos dels plans de formació contínua —també aprovats per unanimitat— per deduir que això fa anys que s'està fent.

En conseqüència, és més aconsellable que aquest article 36, almenys pel que fa a jutges i magistrats, es traslladi a les disposicions addicionals amb el contingut que el Consell General del Poder Judicial, d'acord amb els articles esmentats de la Llei orgànica del poder judicial, seguirà impulsant en els plans de formació l'organització d'activitats referents a la violència domèstica en general i sobre la dona en particular, així com sobre la igualtat.

VII

BREU ANÀLISI D'ALTRES MESURES PROPOSADES

Abordem les altres qüestions que afecten la potestat d'informe del Consell perquè es refereixen a «*normes processals o que afectin aspectes jurídic-constitucionals de la tutela davant els tribunals ordinaris de l'exercici de drets fonamentals*» (article 1081.e Llei orgànica del poder judicial).

1. Mesures de sensibilització: la publicitat i els mitjans de comunicació

L'Avantprojecte modifica la Llei 34/1988, d'11 de novembre, general de publicitat, amb l'objectiu d'introduir més respecte per la dignitat de les dones i per la igualtat entre homes i dones i el seu dret a una imatge no estereotipada ni discriminatòria, tant si s'exhibeix en els mitjans de comunicació públics com privats, tal com es recull en l'exposició de motius de l'Avantprojecte. Igualment configura l'acció de cessació o rectificació de la publicitat, per a les quals estan legitimades les institucions i associacions que treballen en favor de la igualtat.



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

L'article 7 de l'Avantprojecte considera il·lícita la utilització de la imatge de la dona com a objecte de publicitat amb caràcter vexatori o discriminatori. Respecte d'això cal dir que ja l'actual article 3 de la Llei general de publicitat, en la lletra a considera il·lícita «*la publicitat que atempti contra la dignitat de la persona o vulneri els valors i drets reconeguts en la Constitució, especialment en el que fa referència a la infància, la joventut i la dona*». **Per tant, la mesura de sensibilització prevista en el precepte que comentem ja existia en el nostre ordenament jurídic, i no només per la protecció general de la dignitat de qualsevol persona, considerant il·lícita la publicitat que hi atenti en contra, sinó també de manera especial en al·ludir a la dona. Per tot això, en principi aquest precepte no aporta res de diferent a la protecció especial** que en matèria de publicitat ja es dispensava a la dona.

No obstant això, la **disposició final quarta**, u, modifica expressament l'article 3 lletra a de la Llei general de publicitat per adaptar-lo al contingut de l'article 7 de l'Avantprojecte. La diferència és que ara hi ha una referència especial als valors i drets reconeguts en els articles 18 i 20.4 de la Constitució Espanyola. Amb això es reforcen els drets de l'article 18, cosa que no vol dir que no es continuï considerant com a il·lícita la publicitat que atempti contra la resta de valors i drets reconeguts constitucionalment i, tot i ser important la menció a l'article 20.4, se'n podria prescindir perfectament atès que per ser una norma constitucional és al punt més alt de l'ordenament jurídic, vincula els poders públics i particulars i és reiterada la jurisprudència constitucional que s'hi ha referit a l'hora d'establir el límit a les llibertats reconegudes en l'article 20.

En el mateix article 3, lletra a de la Llei general de publicitat s'introdueix un segon paràgraf que com a explicació considera inclosos en la previsió anterior «*els anuncis que presentin de manera particular i directa el cos de la*



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

dona de manera vexatòria o la seva imatge associada a comportaments estereotipats que comportin discriminació». Des de la lògica jurídica i fent una interpretació *secundum constitutionem* dels preceptes esmentats anteriorment aquest segon paràgraf podria sobrar, perquè la utilització del cos o de la imatge de la dona de manera vexatòria sempre atenta contra la seva dignitat. No obstant això, pot contribuir a aclarir el precepte, en especial quan el seu cos o imatge apareixen associats a comportaments estereotipats que impliquin discriminació. Amb tot, i davant la redacció anterior de la norma, és criticable que s'hagi exclòs la protecció expressa que es concedia en matèria de publicitat a la infància i a la joventut.

En l'article 8 de l'Avantprojecte es reconeix a la Delegació del Govern contr la Violència contra la Dona, l'Institut de la Dona i les associacions de consumidors i usuaris i les que tinguin com a objectiu únic la defensa dels interessos de la dona legitimació activa per sol·licitar la cessació o rectificació de publicitat il·lícita per fer servir de manera vexatòria o discriminatòria la imatge de la dona. Pel que fa a la Delegació del Govern, ens remetem al que hem dit més amunt, cosa que es confirma a la vista de la legitimació expressa de l'Institut de la Dona, que sí que és un organisme autònom.

El precepte es completa amb el que estableix la **disposició addicional quarta, dos**, per la qual es modifica la Llei general de publicitat i hi afegeix un nou apartat, 1 *bis*, en l'article 25. Fora de no entendre's gaire bé per què és necessari que en el text d'una llei s'avanci una manera determinada de legitimació activa quan més endavant es modificarà realment la norma en la qual es regula la matèria d'aquesta forma de legitimació, el precepte no mereix cap comentari perquè respon al que estableix la Llei general de publicitat en relació amb les directives comunitàries que s'han ocupat de les accions de cessació i que van donar lloc a la promulgació de la Llei 39/2002, de 28 d'octubre, de transposició a l'ordenament jurídic espanyol de diverses



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

directives comunitàries en matèria de protecció de consumidors i usuaris, que va modificar els articles 25 i 26 i va afegir un nou article, 29, a la Llei 34/1988.

Realment, aquests preceptes ja permetien la legitimació activa per sol·licitar a l'anunciant la cessació o rectificació de la publicitat considerada il·lícita, no només a les persones naturals o jurídiques afectades, sinó en general a qui tinguin un dret subjectiu o un interès legítim i, quan la publicitat il·lícita afecti interessos col·lectius o difusos, poden sol·licitar la cessació o rectificació l'Institut Nacional del Consum i òrgans corresponents de les comunitats autònomes i corporacions locals, associacions de consumidors i usuaris legalment constituïdes, entitats d'altres estats membres de la Comunitat Europea que compleixin els requisits de l'article 29 de la Llei i, en general, els titulars d'un dret o un interès legítim. No obstant això, per la importància processal que té la determinació perfecta de la legitimació activa, pot ser convenient la introducció en el precepte, per als casos en què la publicitat sigui il·lícita perquè afecten la imatge de la dona, dels organismes i entitats als quals hem fet referència, encara que sistemàticament seria més correcte no introduir un nou apartat 1 *bis*, sinó numerar el precepte com a número 3, i que l'actual 3 quedi com a número 4.

En la **disposició final quarta, tres** s'afegeix una disposició addicional a la Llei general de publicitat, de la qual el primer paràgraf sobra perquè es limita a dir que l'acció de cessació s'ha d'exercitar de la manera prevista en els articles 26 i 29 de la Llei general de publicitat excepte en matèria de legitimació, en què la tindran les persones i les institucions a les quals es refereix l'article 25.1 *bis*, introduït per l'Avantprojecte de Llei que comentem, cosa que és evident i ja està recollida en els preceptes corresponents.

Més transcendència té el segon paràgraf, que atribueix la competència per conèixer aquestes accions de cessació als jutjats de



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

violència, atribució competencial que no té gaire sentit donada la matèria particular de la qual es veuen obligats a conèixer i que no té cap relació amb la idea que uns mateixos jutges coneguin de tota la problemàtica civil i penal que es pot plantejar en relació amb la violència sobre una mateixa dona i en el mateix àmbit. En efecte, la publicitat denigrant per a la dona ho és sempre amb caràcter general i no referida a una dona concreta ni víctima d'actes de violència concrets, i per tant l'objecte de protecció en aquests casos sempre és difús: precisament per això es legitima activament per a l'exercici de les accions els col·lectius als quals hem fet referència abans. A més, en ser aquests jutjats una especialitat de l'ordre penal, la idea que amb aquestes previsions es «criminalitza» també aquesta publicitat i només per a la dona aprofundeix en les idees ja analitzades de concepció indeguda de la discriminació positiva i que hom és davant una jurisdicció especial per raó de sexe.

L'article 9 de l'Avantprojecte estableix que els mitjans de comunicació de titularitat pública han de vetllar per la protecció i la salvaguarda de la igualtat entre home i dona i evitar tota discriminació il·lícita entre ells. Si es parteix del principi que el que es pretén és una protecció integral de la dona i se'n defensa la dignitat i la igualtat fins a les últimes conseqüències i es prohibeix qualsevol forma de discriminació, tal com es reconeix en la nostra Constitució i en els tractats internacionals ratificats per Espanya, i, a més, els preceptes constitucionals i la resta de l'ordenament vinculen tots els ciutadans i els poders públics, **no només els mitjans de titularitat pública sinó també els de titularitat privada han de vetllar per la protecció i salvaguarda de la igualtat entre home i dona.**

És cert que, per exemple, l'Estatut de la ràdio i la televisió, aprovat per Llei 4/1980, de 10 de gener, obliga els mitjans de comunicació social de l'Estat a respectar l'honor, la fama, la vida privada de les persones i tots els drets i



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

llibertats que reconeix la Constitució, i el respecte dels valors d'igualtat recollits en l'article 14 de la Constitució i l'exposició de motius de la mateixa Llei quan es refereix a la radiodifusió i la televisió com a servei públic essencial, la titularitat del qual correspon a l'Estat. Els considera com un mitjà capital per contribuir a fer que la llibertat i la igualtat siguin reals i efectives, amb una atenció especial a la protecció dels marginats i a la no-discriminació de la dona. En termes semblants es manifesta l'article 5 de la Llei 46/1983, de 26 de desembre, reguladora del tercer canal de televisió en cada comunitat autònoma. D'altra banda, la Llei 25/1994, de 12 de juliol, incorpora a l'ordenament jurídic espanyol la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinació de disposicions legals, reglamentàries i administratives dels estats membres relatius a l'exercici d'activitats de radiodifusió televisiva, i en l'article 9 considera il·lícita la publicitat que atempti al respecte degut a la dignitat humana o que discrimini per qualsevol motiu, inclòs el sexe.

2. Sobre l'assistència social i l'assistència jurídica gratuïta

a) Legitimació penal dels serveis socials determinats

L'article 14 estableix una **legitimació especial dels serveis socials d'atenció, d'emergència, de suport i de recuperació integral de la dona per tal de sol·licitar del jutges les mesures urgents que consideri necessàries.**

No s'ha de confondre la possibilitat que els serveis socials posin en coneixement del jutge la situació detectada i la necessitat de prendre mesures amb caràcter urgent amb la legitimació, en sentit processal, per a la sol·licitud de les mesures. Un altre cop estem davant òrgans, i no organismes o entitats mancades de personalitat i, per tant, de capacitat processal. La Llei 27/2003, de 31 de juliol, havia disposat en l'article 2.2 que l'ordre de protecció s'ha de



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

decidir pel jutge d'ofici o a instància de la víctima o persona que hi tingui alguna de les relacions indicades en l'apartat anterior, o del ministeri fiscal. I sense perjudici del deure general de denúncia previst en l'article 262 de la Llei d'enjudiciament criminal, les entitats o organismes assistencials, públics o privats, que tinguessin coneixement d'algun dels fets esmentats en l'apartat anterior han de posar-los immediatament en coneixement del jutge de guàrdia o del ministeri fiscal per tal que es puguin incoar o instar-ne el procediment per a l'adopció de l'ordre de protecció.

A més, sembla suficient la participació dels serveis socials que ja té en compte la Llei esmentada, que reconeix la possibilitat que l'ordre de protecció es pugui sol·licitar davant els serveis socials o institucions assistencials que depenen de les Administracions públiques, i que els serveis socials i les institucions esmentades anteriorment facilitin a les víctimes de la violència domèstica a les quals haguessin de prestar assistència la sol·licitud de l'ordre de protecció posant-los a disposició, amb aquesta finalitat, informació, formularis i, si escau, canals de comunicació telemàtics amb l'Administració de Justícia i el ministeri fiscal.

En suma, la sol·licitud correspon a la víctima o les persones destinatàries de les mesures de protecció, sense perjudici de la col·laboració dels serveis socials. Però no trobem cap justificació raonable perquè la Llei atribueixi als serveis socials legitimació per sol·licitar al jutge les mesures urgents.

Per exemple, l'article 21 de la Llei 16/03, de 8 d'abril, de prevenció i protecció integral de les dones contra la violència de gènere de les Canàries, atribueix més adequadament als serveis socials la funció de denunciar davant les autoritats competents les situacions de violència de les quals tinguessin coneixement, prèvia conformitat de la víctima i de col·laborar amb les



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

autoritats competents en l'adopció de mesures assistencials que tinguin com a objectiu la protecció de la víctima davant situacions futures de violència de gènere, o l'aportació de mitjans probatoris relacionats amb la comissió d'actes de violència.

b) Assistència jurídica gratuïta

L'article 15 s'ha de posar en relació amb la Llei 1/96, de 10 de gener, d'assistència jurídica gratuïta i dels reglaments de desenvolupament dictats en l'àmbit estatal i autonòmic. No obstant això, seria convenient per mantenir la unitat i coherència de l'ordenament jurídic que es reformés la Llei esmentada 1/96 per incorporar-hi l'article 15, perquè no és aconsellable que la voluntat «integral» es prediqui de la Llei de la qual emetem informe a costa de perdre el caràcter integral les altres lleis especials que regulen matèries també regulades en el text sobre el qual s'informa.

En tot cas, el text del qual elaborem informe representa un pas important, si bé seria convenient que s'estenguí l'assistència jurídica gratuïta també a la informació prèvia a qualsevol actuació processal, mitjançant els convenis que siguin procedents amb els col·legis professionals i amb les administracions autonòmiques. De la mateixa manera, cal considerar el precepte com una referència a l'article 21 de la Llei 1/96, perquè, en concret, en aquests dos casos de violència sobre la dona és quan més justificat està que l'òrgan judicial assegurí de manera immediata els drets de defensa i representació, no només del denunciat sinó també de la víctima i, per tant, en atenció a les circumstàncies i la urgència del cas, cal dictar una resolució motivada i demanar als col·legis professionals el nomenament provisional d'advocat i de procurador per tramitar la sol·licitud a continuació, tal com preveu la Llei.



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

3. Drets laborals i prestacions de la Seguretat Social

L'article 16 de l'Avantprojecte enumera una sèrie de drets laborals i de seguretat social que comporten la modificació de l'Estatut dels treballadors i de la Llei general de la seguretat social en les disposicions finals cinquena i sisena. Sense perjudici dels comentaris que farem sobre aquestes disposicions finals, l'article 16.3 considera justificades les absències de la feina motivades per la situació física o psicològica derivada de la violència sobre la dona quan els serveis socials d'atenció ho determinin així. Aquest precepte s'ha de posar en relació amb l'article 54.2 a del mateix Estatut dels treballadors a efectes d'acomiadament disciplinari i amb l'article 5, relatiu als deures bàsics dels treballadors.

A propòsit d'aquests punts, l'article 18 permet acreditar la situació de violència sobre les treballadores —als efectes previstos en el capítol relatiu a drets laborals i prestacions de seguretat social— aportant l'ordre de protecció o, si no n'hi ha, l'informe del ministeri fiscal que assenyali l'existència d'indícis que la demandant és víctima de violència sobre la dona. Aquesta ordre, tal com hem vist, la pot dictar el jutge de violència o el d'instrucció en funcions de guàrdia, i sobre això sí que cal advertir, igual que hem vet abans, que si el text del qual estem fent l'informe engloba riscos d'instrumentalitzar la via penal amb mires a litigis civils, amb aquestes previsions també s'ha d'entendre que aquest risc arriba, a més, a l'àmbit de les relacions laborals. Sobre que aquestes previsions se cenyixin només a la dona treballadora ens remetem al que hem exposat sobre l'àmbit d'aplicació de la Llei. En tot cas, es pot al·legar que aquesta possibilitat ja existeix amb la Llei 27/2003, cert, per això s'ha aconsellat no generar més confusió processal amb el text del qual emetem informe —que accentua aquests riscos— i fer una avaluació més gran i més detinguda del règim de l'ordre de protecció més que estendre'l.



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

D'altra banda, la disposició final cinquena modifica alguns articles de la Llei de l'estatut dels treballadors per fer efectius els drets laborals i de seguretat social anunciats abans, per la qual cosa, d'alguna manera, el contingut dels apartats 1 i 2 de l'article 16 de l'Avantprojecte no té gaire sentit.

Si bé aquestes mesures poden contribuir a protegir eficaçment les víctimes d'aquesta forma de violència, no obstant això cal precisar que la causa d'extinció del contracte de treball que ara s'introdueix en la lletra *m* de l'apartat 1r de l'article 49 de l'Estatut dels treballadors no deixa de ser una manera d'extinció per voluntat del treballador amb l'especialitat, enfront del que es preveu en la lletra *d*, que aquí hi ha una causa de força major i, a més, no fa falta el preavís que assenyalin els convenis col·lectius o el costum del lloc.

En la disposició final sisena es modifica la Llei general de la seguretat social per considerar que el període de suspensió del contracte de treball amb reserva del lloc ha de tenir la consideració de període de cotització efectiva a efectes de les prestacions corresponents de la Seguretat Social. I s'ha d'entendre —per la modificació de la lletra *e* de l'apartat 1.1 i per la modificació de l'apartat 1.2 de l'article 208 de la Llei general de la seguretat social— que aquestes treballadores afectades per la situació de violència s'han de trobar en situació legal de desocupació a tots els efectes, i, per tant, han d'obtenir les prestacions corresponents sense perjudici d'allò que pugui resultar del programa d'acció específic que, en el marc del Pla d'Ocupació del Regne d'Espanya, preveu l'article 17 de l'Avantprojecte.

4. Drets de les funcionàries públiques objecte de violència

Es faciliten els drets de trasllat, excedència voluntària i adaptació del



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

temps laboral de les funcionàries públiques afectades per violència sobre la seva persona. Les normes que es contenen en els articles del 19 al 21 es completen amb la disposició final setena, que modifica la Llei 30/84, de mesures per a la reforma de la funció pública.

Respecte d'això, únicament cal cridar l'atenció sobre el fet que la disposició final esmentada, en el punt tres afegeix una nova lletra, e, a l'article 29.3 de la Llei 30/84, per concedir l'excedència voluntària per interès particular a les funcionàries públiques víctimes de violència sobre la dona, quan potser, i des d'un punt de vista sistemàtic, seria més convenient regular-lo com un número diferent, per les característiques especials d'aquesta forma d'excedència que no queda sotmesa a termini de permanència i que durant els primers sis mesos dóna dret a la reserva del lloc de treball, de la mateixa manera que es regula en un número a part, el 4 de l'article 29, l'excedència per tenir cura dels fills.

Per la resta, i pel que fa als efectes de les resolucions penals que es dictin a l'empara de la Llei sobre la qual emetem aquest informe i que el benefici d'aquestes possibilitats sigui només per a la dona funcionària, només cal remetre's al que hem exposat a l'apartat anterior.

VIII

CONCLUSIONS

Tenint en compte tot el que hem exposat, les conclusions principals a les quals arriba el Consell General del Poder Judicial són les següents:

- 1a** La gravetat del fenomen de la violència domèstica en general, especialment intens en el cas de les dones, mereix l'esforç que la reacció



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de l'Estat de Dret sigui tan enèrgica i eficaç com es pugui, per això caldria donar la benvinguda a una iniciativa més, com és el text del qual emetem informe, si és que ajuda a perfeccionar jurídicament aquesta reacció. No obstant això, hi ha dubtes més que fonamentats que aportí més racionalitat i eficàcia al sistema.

- 2a** El text sobre el qual elaborem l'informe és part d'un conjunt d'iniciatives legals desenvolupades els darrers anys —en especial en la legislatura anterior—, tant estatals com autonòmiques, en l'àmbit de les quals ja hi ha lleis integrals i, en concret, més normes de protecció, com és l'ordre de protecció creada per la Llei 27/2003 (§ IV. 1).
- 3a** Neix en un context en què la protecció de la víctima de la violència domèstica és un dels objectius principals de la política criminal, i per tant no neix en un escenari d'escassetat de mesures, sinó d'una pluralitat d'iniciatives legislatives que ja estan en vigor, però que pel breu espai de vigència no permeten encara valorar-ne l'eficàcia real per combatre el fenomen social de la violència domèstica (§ V. 2. a).
- 4a** És especialment preocupant que quan encara és molt recent la implantació del règim de l'ordre de protecció (Llei 27/2003) ara s'afegeixi un règim paral·lel que pot generar solapaments, confusionisme processal i interferències competencials. Abans d'abordar una iniciativa com la que n'emetem informe caldria esperar a una avaluació més detallada del règim de la Llei 27/2003.
- 5a** Malgrat el seu caràcter integral, davant un problema social de primera magnitud, de causes i manifestacions diverses, opta per una judicialització marcada de les solucions (§ IV. 1).



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- 6a** No jutgem encertat que reguli només la violència sobre la dona: una llei integral ha d'abastar tots els àmbits en els quals es manifesta la violència domèstica (§ IV. 2).
- 7a** La dona no obté més protecció pel fet que la Llei la protegeixi només a ella i exclogui del seu àmbit menors, ancians o, fins i tot, l'home (§ IV. 2. c).
- 8a** L'anomenada discriminació positiva portada a l'àmbit penal i judicial condueix a la censurable discriminació negativa. En aquests àmbits es parteix de situacions d'igualtat: no afegeix res a la tutela judicial de la dona el fet d'excloure els homes de la tutela dels jutjats de violència sobre la dona (§ IV. 3).
- 9a** No és acceptable un concepte de violència sobre la dona —del qual depèn tota l'aplicació de la Llei— basat en la intencionalitat de l'agressor (§ V. 1).
- 10a** És objectable constitucionalment que passin a delictes les amenaces i coaccions lleus només quan l'ofès sigui dona (§ V. 2. d).
- 11a** Que aquests delictes es basin només en el fet que l'agressor sigui home i en la llei se'n presumeixi la intencionalitat porta al dret penal d'autor, incompatible amb la Constitució (§ V. 2. d).
- 12a** El tipus agreujat de lesions es basa en la presumpció d'inferioritat de la dona, sense que aquesta regla s'apliqui a menors, ancians o minusvàlids, tots ells susceptibles també de ser víctimes de violència domèstica (§ V. 2. e).
- 13a** És positiu que es tendeixi a una especialització més gran en els òrgans



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

judicials, sempre que l'objecte d'això sigui conèixer de tot el fenomen de la violència domèstica (§ V. 3).

- 14a** No té justificació crear una categoria nova de jutjats només per a dones, cosa que duu a una espècie de jurisdicció especial basada en la intenció de l'agressor i el sexe de la víctima. Si els òrgans judicials no poden ser creats per raó de raça, ideologia o creences tampoc ho poden ser per raó de sexe (§ V. 3).
- 15a** Abans de crear-se jutjats de violència sobre la dona s'ha de procurar l'especialització funcional dels que ja hi ha, i aprofitar la coordinació per mitjà de potenciar el ministeri fiscal i els instruments processals que ja hi ha (§ V. 3 i 6).
- 16a** La inserció dels jutjats de violència sobre la dona en l'ordre penal duu a «criminalitzar» les causes civils que se'ls atribueix i a potenciar el risc que se'ls instrumentalitzi. Si això ja es detecta amb la vigent Llei 27/2003 seria més prudent avaluar encara més l'aplicació d'aquesta Llei abans de crear un sistema nou paral·lel que augmenta aquest risc (§ V. 4).
- 17a** No té sentit processal atribuir a aquests òrgans inserits en l'ordre penal la competència per conèixer d'accions civils contra la publicitat vexatòria, aspecte aliè a la violència sobre la dona (§ V. 4. h).
- 18a** Les regles de competència no es poden basar en el sexe de la víctima ni en la intenció de l'agressor. Si és així s'arribarà a situacions absurdes, en què un mateix fet, amb uns mateixos subjectes, pot ser competència d'òrgans diferents per aquesta intencionalitat, la qual cosa s'apreciarà sempre al final i no al començament de les actuacions (§ V. 4).



CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- 19a** El dret constitucional al jutge ordinari predeterminat per la Llei queda compromès des del moment en què queda a mercè de la dona l'elecció del jutge competent, en funció que acudeixi a les mesures de protecció que el text li ofereix (§ V. 2. a).
- 20a** Els judicis ràpids i l'ordre de protecció s'han previst per fer que es ventilin en l'àmbit dels jutjats d'instrucció de guàrdia. La major part dels delictes contra la dona són competència d'aquests jutjats i es tramiten per aquesta classe de judicis, i, per tant, no pels jutjats de violència sobre la dona, amb la qual cosa la pretesa especialització queda qüestionada (§ V. 4. d).
- 21a** S'ha de plantejar dur al text del qual emetem informe alguns dels protocols i iniciatives de la Comissió de Seguiment de la Implantació de l'Ordre de Protecció. Igualment, s'ha de mantenir l'actual Observatori contra la Violència Domèstica i de Gènere, creat el 2002 pel Consell General del Poder Judicial i els ministeris de Justícia i Treball i Assumptes Socials, més que no crear en la Llei sobre la qual informem un observatori nou que se solapi amb el que ja hi ha (§ V. 4. g i VI).

I, perquè consti, signo aquest certificat a Madrid, el vint-i-quatre de juny de dos mil quatre.