



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

**CELRO RODRÍGUEZ PADRÓN, SECRETARIO XERAL DO  
CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL,**

**CERTIFICO: QUE O PLENO DO CONSELLO XERAL DO PODER  
XUDICIAL, NA SÚA REUNIÓN DO DÍA DA DATA, APROBOU O  
INFORME AO ANTEPROXECTO DE LEI ORGÁNICA INTEGRAL DE  
MEDIDAS CONTRA A VIOLENCIA EXERCIDA SOBRE A MULLER,  
SENDO DO SEGUINTE TEOR LITERAL:**

## **ÍNDICE**

### **I. ANTECEDENTES**

### **II. POTESTADE DE INFORME DO CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL**

### **III. ESTRUCTURA DO ANTEPROXECTO DE LEI ORGÁNICA**

### **IV CONSIDERACIÓNS XERAIS ACERCA DO PROXECTO**

1. Antecedentes legislativos, carácter integral da lei e xudicialización do problema.
2. Sobre o ámbito de protección da lei integral: exclusión de homes, menores ou anciáns.
  - a) A violencia segundo o texto informado.
  - b) Violencia e relacións de subordinación: a violencia doméstica.
3. O anteproxecto e a “discriminación positiva”
  - a) ¿Que é a discriminación positiva?
  - b) O ámbito natural da discriminación positiva.
  - c) O inapropiado da discriminación positiva no penal e xudicial.

### **V. ANÁLISE DAS CONCRETAS MEDIDAS PROPOSTAS**

1. Sobre o concepto de violencia exercida sobre a muller
  - a) Importancia do concepto.
  - b) Indebida introdución do elemento intencional na definición.



- c) Efectos distorsionantes q ue cabe vaticinar
  - d) Definicións que se suxiren.
2. Sobre a reforma do Código Penal
- a) Antecedentes legislativos
  - b) Novidades do anteproxecto.
  - c) Papel da tutela penal na violencia contra a Muller
  - d) A tipificación como delito das ameazas e coaccións leves sobre a muller.
  - e) O agravamento do delito de lesións.
3. Sobre a creación dos xulgados de violencia sobre a muller
4. Sobre as regras de distribución de competencia
- a) Atribución de competencias penais.
  - a) Atribución por vis atractiva de competencias civís ao xuíz de violencia sobre a muller.
  - b) Sobre a perda sobrevida de competencia obxectiva: dereito ao xuíz ordinario.
  - c) Xuízos rápidos, xuíces de instrución de garda e xuíces de violencia.
  - d) A competencia territorial penal en función do domicilio da vítima.
  - e) Da competencia por conexión.
  - f) Protocolos elaborados pola Comisión de seguimento da orde de protección
  - g) Publicidade vexatoria e competencia do xuíz de violencia
5. Sobre a lexitimación procesual da Delegación do Goberno contra a violencia sobre a muller.
6. Sobre as funcións do Ministerio Fiscal

## **VI. OBSERVATORIO NACIONAL DE VIOLENCIA SOBRE A MULLER E FORMACIÓN DE XUÍCES E MAXISTRADOS**

- 1. Observatorio Nacional de Violencia sobre a Muller
- 2. Formación de xuíces e maxistrados

## **VII. BREVE ANÁLISE DOUTRAS MEDIDAS PROPOSTAS**



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

1. Medidas de sensibilización: a publicidade e os medios de comunicación
2. Sobre a asistencia social e a asistencia xurídica gratuíta
  - a) Lexitimación penal dos determinados servizos sociais.
  - b) Asistencia xurídica gratuíta
3. Dereitos laborais e prestacións da Seguridade Social.
4. Dereitos das funcionarias públicas obxecto de violencia

## **VIII. CONCLUSIÓNS**



## I. ANTECEDENTES

Con data 7 de xuño tivo entrada o texto do anteproxecto de Lei orgánica integral de medidas contra a violencia exercida sobre a muller, que o Excmo. Sr. Ministro de Xustiza remitiu o anterior día 4 a este Consello Xeral do Poder Xudicial para os efectos previstos no artigo 108 da Lei orgánica do poder xudicial.

Unha vez que se designou un relator para a elaboración do correspondente informe á **Sra. Montserrat Comas d'Argemir i Cendra**, o devandito informe non resultou aprobado na reunión da Comisión de estudos e informes do 15 de xuño de 2004, acordándose pola Comisión a designación dun novo relator, que recaeu no **Sr. José Luis Requero Ibáñez**, e remitir ao Pleno a petición de prórroga ao Goberno da Nación, toda vez que a emisión do informe se solicitara polo trámite de urxencia a que se refire o artigo 108.2, ante a imposibilidade de emitir o informe no breve prazo de quince días contados a partir da recepción do texto do anteproxecto.

O pleno do CXPX acordou na súa sesión plenaria do día 17 de xuño convocar un novo pleno extraordinario co fin de emitir o informe dentro do prazo de quince días inicialmente solicitado polo Goberno da Nación.

Na Comisión de estudos realizada o día 21 de xuño de 2004 aprobouse o informe elaborado polo relator e acordouse remitilo ao Pleno para a súa definitiva aprobación.



## II

### POTESTADE DE INFORME DO CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

1.- A actividade informante do Consello Xeral do Poder Xudicial regúlase no artigo 108 da Lei orgánica do poder xudicial, fundamentalmente en relación cos anteproxectos de lei e coas disposicións xerais do Estado e das comunidades autónomas que afecten total ou parcialmente, entre outras materias expresadas no resto do artigo 108.1 daquela lei, a *“normas procesuais ou que afecten a aspectos xurídico-constitucionais da tutela ante os tribunais ordinarios do exercicio de dereitos fundamentais e calquera outras que afecten á constitución, organización, funcionamento e goberno dos xulgados e tribunais, así como “ás leis penais e ás normas sobre réxime penitenciario”*.

No entanto, a potestade de informe do Consello foi entendida en termos amplos. Así, o Consello Xeral do Poder Xudicial veu delimitando o ámbito da súa potestade de informe partindo da distinción entre un ámbito estrito, que coincide en termos literais co ámbito material definido no citado artigo 108.1 da Lei orgánica do poder xudicial e cun ámbito ampliado, que deriva da posición do Consello como órgano constitucional de goberno do poder xudicial. Polo tanto, dentro do primeiro ámbito, o informe que debe emitirse deberá referirse, de maneira principal, ás materias previstas no precepto citado e eludirá, con carácter xeral cando menos, a formulación de consideracións relativas ao contido do proxecto en todas as cuestións non incluídas no citado artigo 108 da Lei orgánica do poder xudicial. En canto ao ámbito



## CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

ampliado, o Consello Xeral do Poder Xudicial debe expresar a súa opinión tamén sobre os aspectos do proxecto que afecten os dereitos e liberdades fundamentais, en razón da posición prevalente e de eficacia inmediata que gozan por disposición expresa do artigo 53 da Constitución. Neste punto debe partirse especialmente dos pronunciamentos do Tribunal Constitucional como intérprete supremo da Constitución, cuxas resolucións ditadas en todo tipo de procesos constitúen a fonte directa de interpretación dos preceptos e principios constitucionais, vinculando a todos os xuíces e tribunais.

Ademais do anterior, de acordo co principio de colaboración entre os órganos constitucionais, o Consello Xeral do Poder Xudicial indicou a oportunidade de efectuar nos seus informes outras consideracións, relativas tanto a cuestións de pura técnica legislativa ou terminolóxicas, co ánimo de contribuír tanto a mellorar a corrección dos textos normativos como á súa efectiva aplicabilidade e incidencia sobre os procesos xurisdicionais, xa que son os órganos xurisdicionais os que deben aplicar posteriormente na práctica as normas correspondentes.

2.- O anteproxecto sometido a informe contén disposicións que afectan de modo directo a organización e funcionamento dos xulgados e tribunais, a normas procesuais e a normas substantivas que afectan a aspectos xurídico-constitucionais da tutela ante os tribunais ordinarios do exercicio de dereitos fundamentais e a leis penais, polo que nos encontramos ante o ámbito propio que a Lei orgánica do poder xudicial considera que debe ser obxecto de informe do órgano de goberno dos xuíces e tribunais.



Á marxe de toda consideración sobre a oportunidade política do anteproxecto, este Consello debe pronunciarse acerca da adecuación á Constitución da norma proxectada e sobre a incidencia que a nova norma ten na organización xudicial, sen prexuízo de abordar outros aspectos de orde técnica do texto normativo proxectado.

### III

#### **ESTRUTURA DO ANTEPROXECTO DE LEI ORGÁNICA**

O anteproxecto remitido consta dunha exposición de motivos, un título preliminar, cinco títulos, oito disposicións adicionais, dúas transitorias, unha derogatoria e dezaseis disposicións finais.

A exposición de motivos divídese en tres partes en que se analiza o fenómeno da violencia exercida sobre a muller e a necesidade de que os poderes públicos se impliquen na loita contra ela, adoptando medidas suficientes para facer reais e efectivos os dereitos á liberdade, á igualdade e á non discriminación, todo isto desde un enfoque global, tal e como recomendan os organismos internacionais. Por este motivo insístese en abranguer aspectos preventivos, educativos, sociais, asistenciais e de atención posterior ás vítimas, sen prexuízo da tutela penal e xudicial. No apartado III resúmese o contido da lei título por título e no que a este informe se refire óptase polo agravamento dos delitos específicos cometidos sobre as mulleres, insístese en que os procedementos deben ser áxiles e sumarios, en que compaxinen os aspectos civís e penais e en que opten pola creación dos xulgados de violencia sobre a muller como unha fórmula de especialización dentro da orde penal.



O título preliminar ocúpase nos seus dous artigos do obxecto da lei e dos fins e principios que a inspiran.

O título I regula as medidas de sensibilización e trata nos seus tres capítulos o ámbito educativo, o ámbito da publicidade e dos medios de comunicación e o ámbito sanitario.

O título II recolle os dereitos das mulleres vítimas de violencia, de tal forma que no capítulo I se regula a garantía dos dereitos das vítimas, o dereito á información, o dereito á asistencia social integral e a asistencia xurídica. O capítulo II regula os dereitos laborais e de seguridade social, un programa específico de emprego no marco do Plan de emprego do Reino de España e a acreditación das situacións de violencia exercida sobre as traballadoras. O capítulo III ocúpase dos dereitos das funcionarias públicas, entre os que se inclúe o dereito de traslado e a excedencia voluntaria, o dereito á adaptación do tempo de traballo e a acreditación das situacións de violencia exercida sobre as funcionarias. Por último, o capítulo IV regula os dereitos económicos en que se inclúen axudas sociais e a prioridade para o acceso á vivenda.

O título III refírese á tutela institucional e nel prevese a creación da Delegación do Goberno contra a violencia sobre a muller e o Observatorio Nacional de Violencia sobre a Muller, á vez que a creación de unidades especializadas nas forzas e corpos de seguridade do Estado e a colaboración das policía locais, elaborando plans de colaboración entre as distintas administracións con competencias na materia.





O título IV regula a tutela penal e destaca a obriga do Observatorio Nacional de Violencia sobre a Muller de remitir ao Goberno con periodicidade anual un informe sobre a aplicación dos arts. 148.4, 171.4 e 172.2 do Código Penal, ao mesmo tempo que se introducen reformas nos artigos 171 e 172 do Código Penal e que se prevé a realización de programas específicos para internos condenados por este tipo de delitos.

O título V ocúpase da tutela xudicial e divídese en cinco capítulos co seguinte contido: dos xulgados de violencia sobre a muller (organización territorial, competencia, recursos en materia penal, recursos en materia civil, formación, planta inicial dos xulgados de violencia sobre a muller); normas procesuais civís (perda de competencia obxectiva cando se produzan actos de violencia sobre a muller); normas procesuais penais (competencia territorial, competencia por conexión); medidas xudiciais de protección e de seguridade das vítimas (disposicións xerais, orde de protección, protección de datos e limitacións á publicidade, medidas de saída do domicilio, afastamento ou suspensión das comunicacións, medidas de suspensión da patria potestade ou a custodia de menores, do réxime de visitas, do dereito á tenencia, porte e uso de armas, garantías para a adopción das medidas e mantemento das medidas cautelares) e do fiscal contra a violencia sobre a muller.

As disposicións adicionais regulan a pensión de viuvez, os protocolos de actuación, a modificación do regulamento penitenciario, a avaliación da aplicación da lei, as referencias e habilitación normativa, a dotación do fondo para o funcionamento da asistencia social integral e os convenios en materia de vivenda.



As disposicións transitorias regulan a aplicación de medidas e acompetencia dos órganos que actualmente coñecen dos procesos civís ou penais relacionados coa violencia sobre a muller, mentres que a disposición derogatoria única derroga as normas de igual ou inferior rango que se opoñen ao establecido na lei.

Por último, as disposicións finais modifican preceptos das distintas leis que se verán afectados pola Lei orgánica integral de medidas contra a violencia exercida sobre a muller, como son a Lei orgánica de ordenación xeral do sistema educativo, a Lei orgánica reguladora do dereito á educación, a Lei orgánica de calidade da educación, a Lei xeral de publicidade, o Estatuto dos Traballadores, a Lei xeral da Seguridade Social, a Lei de medidas para a reforma da función pública, a Lei orgánica do poder xudicial, o Estatuto orgánico do Ministerio Fiscal, o Código Penal, a Lei de planta e demarcación xudicial e a Lei de axuizamento criminal. As catro últimas disposicións finais ocúpanse da transposición da directiva 2002/73/CE do Parlamento Europeo e do Consello, da habilitación competencial, da natureza da lei e da súa entrada en vigor e desenvolvemento regulamentario.

Achégase unha memoria económica coa estimación do custo das medidas que afectan ás competencias dos ministerios de Traballo e Asuntos Sociais, de Educación e Ciencia, do Ministerio de Xustiza e do Ministerio do Interior. No apartado relativo á estimación do custo das medidas que afectan ao Ministerio de Xustiza analízase a planta dos xulgados de violencia sobre a muller, os custos estimados de creación dos novos xulgados e de adaptación dos xa existentes, o impacto económico que supón a extensión da asistencia xurídica gratuíta, da creación da figura do fiscal delegado contra a violencia de xénero, do servizo de tradución á linguaxe de signos e da creación de unidades de



valoración forense integral da violencia.

#### IV

### CONSIDERACIÓNS XERAIS ACERCA DO ANTEPROXECTO

#### 1. Antecedentes legislativos, carácter integral da lei e xudicialización do problema.

Coa Lei orgánica proxectada continúa un proceso de reformas legais, tanto estatais como autonómicas, cuxa finalidade é ir perfeccionando o noso ordenamento xurídico para promover a igualdade da muller ex artigo 9.2 da Constitución e, en especial, procurar o maior nivel posible de prevención, protección e castigo fronte á violencia se ben non doméstica, senón da muller. Ademais, e como sinala a exposición de motivos do texto informado, España segue a liña trazada por diversos instrumentos internacionais –que expresamente cita- e que se ditaron «para dar unha resposta global á violencia exercida sobre a muller».

A modo de exemplo, e no ámbito que máis interesa a este Consello, desde que no Boletín Oficial do Senado do 12 de maio de 1989 se publicou o informe da Comisión de relacións co Valedor do Pobo e dos dereitos humanos encargada do estudo da muller maltratada e, poucos días máis tarde, se promulgase a LO 3/89, de reforma do Código Penal, pode dicirse que foi crecendo a conciencia da escaseza dos medios legais existentes para facer fronte a un problema social de primeira magnitude.



Desta maneira, o esforzo do lexislador por perfeccionar o noso ordenamento para garantir a tutela xudicial no ámbito doméstico foi constante. Basta citar que o pasado ano promulgáronse importantes reformas. É o caso da Lei orgánica 11/2003, do 29 de setembro, *de medidas concretas en materia de seguridade cidadá, violencia doméstica e integración social dos estranxeiros*; da Lei orgánica 15/2003, do 25 de novembro, *pola que se modifica a Lei orgánica 10/1995, do 23 de novembro, do Código Penal* ou da Lei 27/2003, do 31 de xullo, *reguladora da orde de protección das vítimas da violencia doméstica*.

Fóra do ámbito estritamente xudicial, abordando xa aspectos asistenciais, pódense citar as leis 53/2002, do 30 de decembro e a 62/2003, do 30 de decembro, *de medidas fiscais, administrativas e da orde social* (en materia de fomento do emprego); a Lei orgánica 14/2003, do 20 de novembro, *de Reforma da Lei orgánica 4/2000, do 11 de xaneiro, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social, modificada pola Lei orgánica 8/2000, do 22 de decembro*; da Lei 7/1985, do 2 de abril, *reguladora das bases do réxime local*; da Lei 30/1992, do 26 de novembro, *de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común* e da Lei 3/1991, do 10 de xaneiro, *de competencia desleal*. Tamén cabe citar a Lei orgánica 1/2002, do 22 de marzo, *reguladora do dereito de asociación* en canto a que declara de utilidade pública as asociacións que teñan por fin a promoción da muller, etc.

Por outra parte, e no ámbito autonómico, algunhas comunidades, dentro do seu ámbito competencial, xa adoptaron iniciativas de leis integrais sobre a materia. É o caso, por exemplo, da Lei 16/2003, do 8 de abril, *de prevención e protección integral das mulleres contra a violencia de xénero*, de Canarias ás que poden unirse a Lei 9/2003, do 2



de abril, da *Generalitat de Valencia*, para a *Igualdade entre Mulleres e Homes*; a Lei 1/2003, do 3 de marzo, de *Igualdade de oportunidades entre mulleres e homes en Castela e León*; a Lei 14/2002, do 25 de xullo, de *promoción, atención e protección á infancia en Castela e León*, en canto á protección integral á infancia; a Lei 11/2002, do 10 de xullo, de xuventude de Castela e León, en canto á protección integral á xuventude ou a Lei 12/2001, do 2 de xullo, da infancia e a adolescencia en Aragón.

Deste conxunto normativo especialmente relevante é a Lei 27/2003, que xa viña asentar un criterio de integridade na regulación da materia. Sinalaba así a súa exposición de motivos que «*é necesaria, en suma, unha actuación integral e coordinada que xunte tanto as medidas cautelares penais sobre o agresor, isto é, aquelas orientadas a impedir a realización de novos actos violentos, como as medidas protectoras de índole civil e social que eviten o desamparo das vítimas da violencia doméstica e que dean resposta á súa situación de especial vulnerabilidade*». Sobre esta norma haberá que volver para poñela en relación co texto informado.

En definitiva, pode dicirse que o noso ordenamento xurídico foi abordando todas aquelas áreas englobadas no que podería denominarse normativa da vida doméstica ou familiar, incidindo no progreso pola igualdade da muller, a protección da infancia e, especialmente, na tutela xudicial fronte ás agresións criminais.

Desta maneira, materialmente hai un panorama normativo de protección integral –como iniciou a Lei 27/2003- entendido como conxunto de normas que abordan todos os aspectos que inciden na materia obxecto de regulación polo texto informado, texto que fai unha regulación integral, posto que leva a unha soa norma o groso das



políticas referidas á muller. **Neste sentido, a Lei integral debería ter o valor “codificador” dunha normativa xa existente nas distintas ramas do ordenamento xurídico; agora ben, tal e como se exporá, lonxe de identificarse o “integral” cunha vocación refundidora, co texto informado proliferarán réximes procesuais distintos sobre unha mesma materia, co risco verdadeiro de solapamentos e interferencias.**

De acordó con isto debe valorarse, no ámbito da nosa potestade de informe, qué novidades achega a nova lei ao conxunto normativo xa existente, pero como cuestión previa cabe advertir a propósito da vocación integral da lei que, dos seus 50 artigos, 22 versan sobre a tutela xudicial. Ao Ministerio Fiscal dedícaselle en realidade só un precepto (fundamentalmente o artigo 50), o mesmo que ás forzas e corpos de seguridade (artigo 26). Significa isto que en moi boa medida a reacción do Estado ante a violencia non doméstica, senón sobre a muller, faise depender dos xuíces e tribunais.

Tal opción implica xudicializar un problema social moito máis diverso ca o que poida presentarse ante e polos xuíces. Habería que advertir que a intervención xudicial é sempre a última, que o xuíz intervén cando xa hai un conflito –en non poucos casos xestado ao longo de anos- de aí que sexa un erro pensar que a solución principal está no xuíz, especialmente no ámbito penal.

Fronte a esta idea debe insistirse que o cometido do xuíz non é solucionar problemas sociais senón, exercendo o poder xurisdiccional do Estado, protexer a vítima e xulgar en Dereito a quen, supoñéndose a súa inocencia, é acusado por quen exercita a acción penal dun delito ou falta. O xuíz condena ou absolve en función do alegado e probado por quen exercita esa acción, de aí a maior relevancia que debería



darse ao Ministerio Fiscal e ás forzas de seguridade.

Esta observación é importante, pois bótase en falta unha indagación máis audaz e profunda de por que temos esta violencia, o que permitiría actuar sobre as causas, se é que son illables, deixando a reacción penal ou xudicial para o seu ámbito propio.

## **2. Sobre o ámbito de protección da lei integral: exclusión de homes, menores ou anciáns.**

### **a) A violencia segundo o texto informado**

Conceptualmente, a violencia preséntase como un estadio máis avanzado da agresividade. Non hai violencia, en sentido técnico, por una agresión illada, esporádica, senón que esa agresión debe producirse nun contexto de sometemento da vítima. O agresor -suxeito dominante- móvese nun ambiente en que a vítima se encontra subordinada. Isto prodúcese paulatinamente nun contexto de continua agresión e correlativo deterioro da personalidade da vítima. Por isto, en última instancia todo se reconduce a unha violencia moral. Neste sentido pode falarse de relacións de dominación.

Tradicionalmente a relación suxeito dominante-subordinado é contemplada polo Dereito penal en varias ocasións, pois a realización do comportamento ilícito abusando da superioridade expresa unha maior crítica da conduta. Pero esa relación de dominación non é equivalente ao binomio home/muller. **Por isto a norma pode reaccionar fronte a situacións de dominación, pero debe ser neutra en canto ao sexo do suxeito dominante.**

A lexislación vixente superou a concepción da violencia



exclusivamente como violencia chamada “de xénero”, sobre a base de que a realidade criminolóxica poñía de manifesto varios tipos de violencia doméstica. Convén distinguir a grandes trazos claramente tres tipos de violencia doméstica en función do suxeito que a padece:

- ✂✂ A violencia “de xénero”.
- ✂✂ A violencia sobre anciáns.
- ✂✂ A violencia sobre menores.
- ✂✂ A violencia de menores contra ascendentes e a violencia entre irmáns.

Aínda que a violencia sobre a muller ocupa a máis alta porcentaxe da estatística xudicial (91,1% dos casos), tamén están presentes os de violencia contra homes (8'9% dos casos), ascendentes e contra menores. O exíguo do número de casos de maltrato infantil ante os órganos xudiciais poñen de manifesto que este tipo de violencia quedaba á marxe da tutela xudicial nun bo número de casos, toda vez que os datos sobre protección de menores dalgunhas CCAA poñen de manifesto outra realidade. Incluso se considerou que sendo a violencia de xénero a que frecuentemente ten lugar sobre a muller, a que estatisticamente se presenta en maior medida.

b) Violencia e relacións de subordinación: a violencia doméstica

Unha vez definida a violencia como relación de subordinación, esta subordinación é maior cando se trata de persoas desvalidas ou de nenos, pois o adulto, a muller agredida, adoita conservar unha capacidade de reacción, aínda que estea mermada como consecuencia daquela clara superioridade. **En consecuencia, a violencia contra anciáns e nenos é máis grave se cabe, precisamente pola nula capacidade de defensa e de denuncia do feito que se lles presupón.**





**A circunstancia de que persoas que non son mulleres constitúan unha minoría en termos porcentuais non debería impedir que unha lei integral de medidas contra a violencia en ámbitos de subordinación estenda o seu ámbito de protección tamén a esas persoas. Se o dereito debe protexer as minorías cando as esixencias de tutela xorden dun mesmo fundamento, a lei debería ser integral tamén no subxectivo en situacións obxectivas idénticas.**

**Polo tanto, non se obtén maior protección da muller pola circunstancia de que a lei a protexa tan só a ela excluindo do seu ámbito a menores ou anciáns, incluso aos homes.**

É certo que esoutros grupos teñen xa protección xurídica adecuada, pero as medidas máis beneficiosas e intensas que incorpore eventualmente a lei deberían estenderse tamén a esoutros colectivos. A razón é sinxela: só no caso de que as maiores medidas de protección que ofrece a nova lei fosen bens escasos que non puidesen alcanzar a todos é cando se xustificaría unha restrición do ámbito subxectivo da lei. De non ser así -como en efecto non o é- é polo que entende este Consello que o ámbito de protección da lei debe alcanzar a todos aqueles que se encontren na mesma situación de dependencia, subordinación ou inferioridade.

En definitiva, a lei toma como punto de partida un concepto de violencia que a miúdo se confunde co da mera agresión e ademais atribúe só a condición de suxeito dominante ao varón e de dominado á muller, deixando á marxe outras posibles situacións que demandan unha análoga atención pola lei. E sendo certo que corresponde ao lexislador determinar o alcance da lei, este Consello debe advertir **que non se encontra unha explicación razoable, á marxe do dato puramente estatístico, para orientar a tutela penal e xudicial, ademais doutras**



**medidas educativas e sociais, exclusivamente á muller en razón do seu sexo**, sen que tampouco se xustifiquen determinadas medidas de acordo coa teoría da discriminación positiva, como tratamos a continuación.

### **3. O anteproxecto e a “discriminación positiva”**

#### **a) ¿Que é a discriminación positiva?**

A exposición de motivos do texto informado sinala, parafraseando o artigo 9.2 da Constitución, que os poderes públicos *«teñen a obriga de adoptar medidas de acción positiva para facer reais e efectivos os ditos dereitos (liberdade, igualdade, non discriminación), removendo os obstáculos que impiden ou dificultan a súa plenitude»*. Óptase pola expresión “acción” positiva máis que pola de “discriminación” positiva, que é unha expresión non empregada na xurisprudencia europea nin constitucional, pero que quizais sexa necesario precisar para calibrar os seus contornos e, de aí, o alcance do texto informado.

Con frecuencia fálase de discriminación positiva para aludir ás políticas dirixidas a mellorar a calidade de vida de grupos desfavorecidos, proporcionándolles a oportunidade de conseguir o mesmo nivel en canto ao gozo de oportunidades e de exercicio de dereitos daqueles máis favorecidos. A través de medidas de tal natureza os poderes públicos procuran elevar -para igualar- a situación daqueles que están en situacións de desvantaxe; adóptanse así iniciativas para eliminar o racismo, o sexismo e a discriminación contra as persoas maiores ou discapacitados.

Na orde constitucional os dereitos fundamentais son iguais para todos os cidadáns; no entanto, a garantía institucional da igualdade no seu gozo é a miúdo insuficiente e de aí que, cando menos durante un



tempo, se necesiten políticas encamiñadas a remediar situación de desigualdade. Este foi un paso que se deu por primeira vez nos Estados Unidos (a affirmative action) mediante as técnicas así chamadas de discriminación positiva e que consistían en regras que reservaban unha certa porcentaxe de cargos ou empregos públicos para grupos que ata entón estiveran en desvantaxe. A idea básica é que se con estas medidas se consegue que o grupo desfavorecido comece a ser respectado, poderanse ir retirando de forma paulatina e establecerase unha igualdade de oportunidades ou, no caso ideal, unha igualdade de resultados. En definitiva, a discriminación positiva foi e é un paso valoroso na loita pola igualdade no gozo dos dereitos cidadáns, pero a discriminación positiva non debe converterse nun principio duradeiro.

Como se dixo, é frecuente falar indistintamente de acción ou de discriminación positiva, optando o texto informado pola primeira. Nesta liña podería introducirse algún matiz pois, dentro da teoría da igualdade de oportunidades, as accións positivas son unha esixencia do dereito de igualdade de trato e que se caracterizarían, no que agora interesa, por ser vantaxes concedidas ás mulleres que non deben implicar prexuízos paralelos para os homes nin constitúen unha excepción da igualdade senón, precisamente, a súa expresión. É o caso, por exemplo, de medidas para favorecer o equilibrio entre as responsabilidades familiares e profesionais, organizando o traballo a medida da muller.

Polo contrario, a discriminación positiva sería excepción para a igualdade de trato e polo tanto podería ser ilexítima se ten como contrapartida ineludible o prexuízo cara aos que pertencen a outro grupo, neste caso os homes. Trátase de medidas excepcionais que deben aplicarse con criterio restritivo, con precaución e sempre de forma transitoria; ademais, debe acudirse a elas cando non exista ningunha outra posibilidade de equiparar as situacións preexistentes de desigualdade perfectamente acreditadas.



Pero esta figura da acción positiva ten aínda na súa elaboración un ámbito obxectivo difuso. É admitida sen dúbida na promoción da igualdade no emprego; así, por exemplo, a directiva 76/207/CEE admitiu no apartado 4 do artigo 2 a posibilidade de medidas encamiñadas a promover a igualdade de oportunidades entre homes e mulleres, en particular para *corrixir as desigualdades de feito*. Tamén se formula modernamente o sistema de cotas en materia electoral ou de representación política (así, por exemplo, a lei electoral belga do 24 de maio de 1994, a Lei 276/93, relativa á elección do Senado da República italiana ou a Lei italiana 277/93, relativa á elección da Cámara dos deputados).

Pero, como puxo de manifesto o TXCE na sentenza do 17 de outubro de 1995 -caso *Kalanke*- non caben medidas que vaian máis alá do fomento da igualdade de trato, en particular medidas que supoñan un prexuízo para alguén pola soa pertenza ao grupo dos varóns, polo que se nega validez a un sistema que asigne automaticamente prioridade ás mulleres. Por isto, a acción positiva debe entenderse nun contexto de prudencia e tendo en conta, en todo caso que, como puxo de manifesto a doutrina (cfr. L M. Díez-Picazo), **ten sempre a finalidade de resolver problemas de igualdade de oportunidades como método de asignar de maneira igualitaria bens escasos**. O artigo 23 da Carta dos Dereitos Fundamentais da Unión Europea dispuxo que o principio de igualdade non impide a adopción de medidas que ofrezan vantaxes concretas a favor do sexo menos representado. Pero sempre sobre a base da inadmisibilidade do puro automatismo e da necesaria limitación temporal da medida.

Neste sentido, a figura da discriminación positiva aplicada ao estatuto da muller ten o seu lugar natural como instrumento para fomentar a igualdade home-muller. A súa función consiste en que, debido



a circunstancias, rémoras ou atavismos sociais, etc. a muller está nunha situación de inferioridade respecto do home. Á vista de tal situación o Estado opta por fomentar esa igualdade -en especial para mulleres en situación de maior debilidade- creando condicións que permitan que socialmente se avance con maior rapidez do que o faría a propia sociedade deixada á súa libre evolución. Desde este punto de vista, **a discriminación positiva plásmase en tratos de favor consistentes en medidas de tipo laboral ou funcionarial, de compatibilización da vida familiar e profesional, de acceso a certos bens (vivenda, información, sanidade, etc. ) ou de especial protección (vgr. publicidade vexatoria).**

E é neste contexto onde tiveron lugar os pronunciamentos da xurisprudencia constitucional sobre a acción positiva. De momento, a nosa xurisprudencia constitucional (vgr. STC128/1987) non emprega a expresión "discriminación positiva, se ben admite *«a actuación dos poderes públicos para remediar, así, a situación de determinados grupos sociais definidos, entre outras características, polo sexo (e cabe afirmar, na maioría das veces, pola condición feminina) e colocados en posicións de innegable desvantaxe no ámbito laboral, por razóns que resultan de tradicións e hábitos profundamente arraigados na sociedade e difícilmente eliminables, non pode considerarse vulneradora do principio de igualdade, aínda cando estableza para eles un trato máis favorable, pois trátase de dar un tratamento distinto a situacións efectivamente distintas»*.

Nesta mesma liña, sinala que *«a consecución do obxectivo igualitario entre homes e mulleres permite o establecemento dun dereito "desigual desigualitario", é dicir, a adopción de medidas reequilibradoras de situacións sociais discriminatorias preexistentes para lograr unha substancial e efectiva equiparación entre as mulleres, socialmente*



*desfavorecidas, e os homes, para asegurar o gozo efectivo do dereito á igualdade por parte da muller».* (Sentenza 229/92). A STC 109/93 xustifica a necesidade de compensar unha situación de desvantaxe da muller, coa finalidade de asegurar unha igualdade real de oportunidades.

En esencia, os presupostos da acción positiva son:

- 1º Unha situación de desequilibrio real do grupo das mulleres.
- 2º A necesidade de medidas para remover os obstáculos que impidan a igualdade de oportunidades entre homes e mulleres.
- 3º Que eses obstáculos poidan efectivamente ser removidos con medidas de apoio ao colectivo desfavorecido co obxectivo de asegurar a igualdade real de oportunidades.
- 4º Que o trato especial máis favorable sexa necesario como consecuencia da escaseza dos bens aos que deben acceder as mulleres.

#### **b) O ámbito natural da discriminación positiva**

Así concibida, a chamada acción positiva que se fundamenta no artigo 9.2 da Constitución trata de remediar situacións reais de desigualdade para restablecer a igualdade á que se ten dereito segundo o artigo 14. **Pero do seu propio fundamento resulta claro que o límite da acción positiva é a restauración do equilibrio e non pode conducir a un desequilibrio inverso por exceso.** É dicir, coas medidas de discriminación positiva trátase de remover os obstáculos para lograr que a igualdade sexa efectiva, corrixindo desequilibrios patolóxicos que xera a sociedade, de aí que no ámbito social, educativo, prestacional ou asistencial, laboral ou funcional, se aplicaran políticas de tal natureza.



**Do dito dedúcese que as medidas de acción positiva resultan improcedentes cando no ámbito de que se trate non exista esa situación de desequilibrio previo e, ademais, non haxa escaseza nos bens aos que accede a muller. E de acordo con isto debe reflexionarse acerca de se esta discriminación positiva resulta procedente con relación á tutela penal e á tutela xudicial de dereitos fundamentais da muller.**

**Pois ben, pode afirmarse que aquela técnica de fomento plasmada en medidas de discriminación positiva non é aplicable ao ámbito penal nin ao orgánico xudicial, sobre todo cando se establece con carácter de automatismo e sen limitación temporal ningunha. Ademais, non concorren neste ámbito as situacións de desequilibrio que fundamentan a medida.**

**Como a acción positiva non pode formularse a través de medidas de natureza punitiva, o ámbito do xudicial é nun principio alleo a aqueloutros ámbitos propios de iniciativas inspiradas nesa acción positiva e de aí que sexa distorsionante unha norma que a pesar de titularse “integral” é en boa medida xudicial e, no entanto, baséase na acción ou discriminación positiva.**

### **c) O inapropiado da discriminación positiva no penal e xudicial**

**En efecto, cando se trata da tutela penal e procesual, na medida en que se tutelan dereitos fundamentais, non cabe apreciar como punto de partida esa desigualdade. Nin no que se refire á protección penal nin en canto á tutela xudicial efectiva. Como se dixo máis arriba, non estamos ante unha situación de “bens escasos”, limitados, de forma que só un grupo favorecido pode acceder a eles.**

**Isto é así porque, por exemplo, na tutela do dereito ao honor (atacado pola inxuria) ou a liberdade (atacado pola ameaza ou a**



coacción), o home e a muller parten da mesma situación de tutela polo dereito, non hai unha desvantaxe inicial, polo que non se explica un tipo penal diferente que outorgue unha superprotección da liberdade da muller a custa, precisamente, dunha maior restrición da liberdade do varón, como a que deriva do endurecemento da pena prevista no tipo penal.

E cando esa acción, ou máis ben xa discriminación positiva, se traslada á creación de órganos xudiciais que tutelan só os bens da muller, máis grave é o desaxuste polas seguintes razóns:

**1ª A tutela xudicial non é, en canto tal, un ben escaso que non permita, por unha suposta limitada dispoñibilidade, o seu reparto e atribución a todos canto o precisen; é dicir, a tutela xudicial é un ben que non esixe que se exclúa do seu ámbito a ningún grupo humano** (varóns, neste caso) para dar debida satisfacción a outro grupo máis desfavorecido (mulleres, neste caso). Por dicilo sinteticamente, existe a posibilidade da tutela xudicial para todos sen excluír nin postergar, é dicir, sen eliminar nin discriminar a ninguén. Distinto sería o suposto de que unha limitación legal impuxese un número máximo de asuntos para resolver polos novos órganos xudiciais previstos para coñecer da violencia doméstica e que esa limitación esixise entón dar prioridade ás mulleres fronte aos varóns (reparto dun ben escaso, con preferencia do máis desfavorecido). Pero non sucede tal cousa nin podería suceder no proxecto que se informa.

**2ª** Tampouco cabe dicir que o ben escaso sería a celeridade ou prontitude na dispensa dunha tutela xudicial que debe darse sen dilacións indebidas; en efecto, é obvio que unha inclusión de todos os cidadáns sen distinción de sexo no ámbito competencial dos novos órganos xudiciais non representa en absoluto un risco de dilacións





procesuais indebidas para as mulleres nin esixe a exclusión dos varóns para así asegurar a debida prestación a aquelas. Isto é algo impensable polo mesmo que o número de órganos para crear será lóxicamente o suficiente para todos e a porcentaxe de poboación masculinavítima de violencia doméstica resulta moi inferior comparado co das mulleres. **Non se entende por isto que é o que gana a tutela xudicial a favor das mulleres polo feito de excluír os varóns da competencia dos novos órganos xudiciais.**

3ª. Non cabe dicir que os argumentos anteriores son incorrectos alegando que a exclusión do varón non o discrimina na tutela xudicial ao serlle posible obtela sempre ante os órganos xudiciais comúns ou xerais. Debe terse en conta que a discriminación neste caso non está en obter ou non tutela xudicial, senón en excluír os varóns do novo mecanismo xudicial e da maneira concreta especialmente eficaz de obter esa tutela. Estes órganos créanse para mellorar e para satisfacer necesidades que antes ou non se cubrían ou se cubrían peor, de maneira que os novos órganos ou non achegan vantaxe ningunha nesa tutela con relación aos órganos actuais –en cuxo caso a súa creación é inútil- ou, se a achegan, igual dereito debe recoñecerse ao varón, pois a discriminación positiva non podería explicar un plus de tutela xudicial á muller sobre o varón nin un modo mellor de aplicar esa tutela xudicial.

Como máis abaixo se exporá, o traslado ao xudicial do que na lei se ten como acción positiva sáldase cunhas consecuencias ilóxicas, irrazoables, tanto no organizativo coma no procesual, o que aconsella unha seria reformulación da opción que fai o anteproxecto.

**Do anterior dedúcese que no anteproxecto a chamada acción positiva non é sequera un caso de discriminación positiva, senón máis ben unha discriminación negativa.** Consiste en endurecer o



réxime punitivo de determinados comportamentos que, sendo obxectivamente os mesmos, se sancionan máis gravemente por razón de ser o suxeito activo varón –isto é, por razóns relativas ao autor- e non pola maior gravidade do inxusto, o que nos leva a criterios penais que habería que entender felizmente desterrados. Abordaremos con máis detalle esta cuestión máis abaixo. E constitúe tamén unha discriminación negativa crear órganos xudiciais dos que se exclúe aos homes como posibles beneficiarios das súas vantaxes, sen que esa exclusión se xustifique de modo ningún.

## V

### **ANÁLISE DAS MEDIDAS CONCRETAS PROPOSTAS**

#### **1. Sobre o concepto de violencia exercida sobre a muller**

##### **a) Importancia do concepto**

O ámbito de protección da lei non pode entenderse sen o artigo 1.2. Este precepto é a pedra angular da norma informada, pois del pende a aplicación de toda a lei.

O citado precepto define que é violencia exercida sobre a muller e dicimos que do tal apartado pende toda a lei polas seguintes razóns:

1ª Ante todo, porque se o obxecto primeiro da lei é previr esa violencia, esa tarefa preventiva concrétese:

✍✍ En campañas de información e medidas de sensibilización (artigo 3).

✍✍ en que o sistema educativo se orientará para inculcar a resolución pacífica de conflitos (artigo 4).



- ✍ en que o ben igualdade home-muller se fomentará no sistema educativo (artigo 5).
- ✍ en que nos órganos de representación educativa terá presenza o Instituto da Muller (artigo 6).
- ✍ en que se velará pola dignidade da muller no ámbito publicitario.
- ✍ en que no ámbito sanitario se procurará a detección precoz da violencia sobre a muller.

2ª Ademais, porque o conxunto de dereitos que recoñece o título II sono para as mulleres vítimas de violencia, o que se comproba en todos e cada un dos artigos deste título, que prevén como presuposto de feito da norma que o gozo deses dereitos éo para a muller vítima de violencia.

3ª Por último, é fundamental o dito concepto no estritamente xudicial, pois del dependen todas as especialidades procesuais e competenciais, así como a aplicación dos tipos penais que se reforman.

Insistiendo nesta idea hai que dicir que a declaración da tal condición -"muller vítima da violencia"- é o título (aínda que sexa con carácter provisional) que fai a muller acreedora da aplicación deste novo bloque normativo e como tal esa declaración non vén dada por unha resolución administrativa ou pola aplicación directa da lei mediante a constatación máis ou menos regrada da concorrencia duns requisitos obxectiva e normativamente previstos senón que, polo contrario, todo depende dunha declaración xudicial.

#### **b) Indevida introdución do elemento intencional na definición**

Definida así a violencia sobre a muller, o máis relevante é que non



é unha definición introducida na exposición de motivos nin na parte articulada do texto como pósito descriptivo do seu ámbito, senón que aparte de ser a chave de paso da aplicación de toda a lei **baséase non na apreciación de datos obxectivos e externos, senón na intencionalidade do agresor**. Só no segundo inciso dese artigo se inclúe unha previsión descriptiva, ao relacionar en que pode plasmarse esa violencia (agresións sexuais, ameazas, coaccións, etc.), pero o básico, o nuclear, é que hai violencia cando se emprega «como instrumento para manter a discriminación, a desigualdade e as relacións de poder dos homes sobre as mulleres».

Pois ben, da constatación desa intencionalidade, de clara connotación penal –pois na súa parte descriptiva se remite a figuras penais- pende todo: o gozo do conxunto de dereitos aos que pode acceder a muller vítima de violencia, as medidas institucionais previstas na norma e o que é máis grave, a tutela penal e, peor aínda, a organización xudicial aparte das medidas procesuais e a tal declaración, como se dixo, pende á súa vez dun pronunciamento xudicial, pois só un xuíz de violencia pode apreciálo nunha sentenza penal ou ben ao avocar para si a competencia de asuntos civís ou ben, indiciariamente, ao adoptar algunha medida cautelar.

A comprobación desa intencionalidade presentará problemas no caso concreto. **Pero se en realidade o que se fai é presumir que toda agresión contra unha muller vén presidida por esa presunción normativa de que se agrede con eses fins ou por razón deses obxectivos, entón no penal -como despois se dirá- estase recreando un Dereito penal de autor e no orgánico xudicial estase volvendo ao sistema de xurisdicións especiais, superado a finais do século XIX, propio do antigo réxime, pois estase creando unha xurisdición especial, privativa das mulleres, baseada no sexo da**



**vítima e na intención do agresor, cuestións que abordaremos máis abaixo.**

En suma, trátase dunha definición baseada na intención do autor e, por razón das consecuencias que ten (interpretación de tipos, delimitación de competencias e as súas consecuencias procesuais), debe ser abandonada en canto ao seu contido e efectos.

**c) Efectos distorsionantes que cabe vaticinar**

Todo o anteproxecto depende do artigo 1, en especial do seu parágrafo 2. A partir da dita constatación, basta imaxinar algún dos efectos que pode provocar na organización xudicial e no procesual para advertir que poden ser realmente absurdos. Por exemplo, todas as medidas xudiciais de protección e de seguridade do capítulo IV do título V sono para esas concretas mulleres insertas no artigo 1.2, co que se a muller é agredida con outra finalidade (vinganza, ciúmes, odios, arrebatos, etc.) non se aplicará a futura lei nin as súas especialidades.

Á súa vez, algún dos delitos dos que coñecerán os xuíces de violencia ou algunhas das medidas de protección teñen a súa lóxica se se tramitan ante o xuíz de garda e pola vía de xuízos rápidos, co que no ámbito de agresións contra a muller pode chegarse ao seguinte panorama:

- ✍ ✍ Agresións de violencia doméstica e, polo tanto, tamén contra mulleres das que coñecen -por non ser do artigo 1- os xuíces de instrución ou de primeira instancia e instrución e ás que lle son aplicables o réxime da Lei 27/2003.
- ✍ ✍ Agresións do artigo 1 constitutivas do concepto xurídico de violencia sobre a muller, cuxo coñecemento corresponderá aos xuíces de violencia.



✍ ✍ Agresións igualmente constitutivas de violencia sobre a muller das que non coñecen os xuíces de violencia, senón os de primeira instancia e instrución ou instrución compatibilizados para asumir estas competencias e que aplicarán ademais o réxime da Lei 27/2003 para o primeiro dos supostos reseñados.

Ao exposto cabe engadir -e seguimos movéndonos en clave de exemplo- que esas medidas de protección do capítulo II do título V, como son para as mulleres vítimas de violencia só se aplicarán para eses casos concretos, co que aquelas outras vítimas dunha situación de violencia obxectiva pero non causada coa intencionalidade do artigo 1. 2 non poden gozar desas medidas. O absurdo aumenta, por exemplo, se estamos ante xuíces non especializados, senón ante xuíces que compatibilizan outras causas coas de violencia por estar nos supostos do artigo 87 bis 3 e 4: no seu mesmo xulgado tramítaranse casos de violencia doméstica cuxas vítimas –sexan mulleres ou non- non poderán beneficiarse desas medidas por non tratarse de casos do artigo 1.

**En definitiva, á vista de que no xudicial parece primar a idea de crear uns órganos especializados e sobre esta idea se fan pivotar todas as demais novidades, suxírese que esta novidade se leve a un grupo de traballo en que os procesalistas, xuíces e maxistrados, fiscais e demais profesionais avezados nestas causas fagan un deseño orgánico e procesual máis viable. Esta idea é máis aconsellable desde o momento en que xa existe o réxime creado a raíz da Lei 27/2003, reguladora da orde de protección, en cuxo marco se creou unha comisión de seguimento de cuxos traballos se deducen os problemas de implantación eficaz desa orde. Se isto é así agora, cabe presaxiar máis complicacións cando ao réxime da Lei 27/2003 se lle engada o informado agora.**



#### **d) Definicións que se suxiren**

Atendendo ao exposto, o Consello Xeral do Poder Xudicial suxire que se se vai introducir unha definición de violencia, debe abarcar todo o fenómeno de violencia doméstica polo xa exposto no que ao ámbito penal xudicial se refire, definición que sexa, repetimos e en todo caso, unha definición sen connotacións de intencionalidade nin de tipo sociolóxico, é dicir, unha definición non ideoloxizada.

Ademais, e en todo caso, suxírese que se reconsidere en anteproxecto neste punto capital e que esa reconsideración se faga en catro aspectos:

- ✍ ✍ Respecto da necesidade en si de introducir unha definición na lei.
- ✍ ✍ Que se refira só ás mulleres e non ao ámbito doméstico no seu conxunto.
- ✍ ✍ Respecto dos efectos que vaia ter na aplicación da norma.
- ✍ ✍ Acerca da inoportunidade de que conteña elementos intencionais.

De non aceptarse esas suxestións nin, en especial, a ampliación do ámbito da lei á idea de violencia doméstica no penal e xudicial, de continuar manténdoo no ámbito da violencia sobre a muller, existen cando menos outras definicións normativas que son descritivas, alleas a elementos subxectivos ou intencionais e, polo tanto, máis acertadas. É o caso, por exemplo, do artigo 2 da Lei 16/2003, do 8 de abril, de prevención e protección integral das mulleres contra a violencia de xénero, das Canarias segundo o que:



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

*«Para os efectos da presente lei, enténdese por violencia contra as mulleres todo tipo de actuación baseado na pertenza ao dito sexo da vítima e con independencia da súa idade que, a través de medios físicos ou psicolóxicos, incluíndo as ameazas, intimidacións ou coaccións, teña como resultado posible ou real un dano ou sufrimento físico, sexual ou psicolóxico para a muller e que se realice ao amparo dunha situación de debilidade ou de dependencia física, psicolóxica, familiar, laboral ou económica da vítima fronte ao agresor»*

Outra definición aceptable é a do artigo 1 da Declaración sobre a eliminación da violencia contra a muller, adoptado por resolución da Asemblea Xeral das Nacións Unidas 48/104, do 20 de decembro de 1993 segundo o cal:

*«Para os efectos da presente Declaración, por violencia contra a muller enténdese todo acto de violencia baseado na pertenza ao sexo feminino que teña ou poida ter como resultado un dano ou sufrimento físico, sexual ou psicolóxico para a muller, así como as ameazas dos tales actos, a coacción ou a privación arbitraria da liberdade, tanto se se producen na vida política (sic) como na vida privada»*

**Como máis abaixo se exporá, a aplicación das previsións do texto informado, tal e como vén redactado, saldarase cunhas consecuencias realmente distorsionantes, o que se advirte non por un prurito dogmático, senón polo desexo de evitar –agora que é o momento- unhas consecuencias reais non hipotéticas.**

## **2. Sobre a reforma do Código Penal**

### **a) Antecedentes lexislativos**





A valoración do presente anteproxecto neste punto debe partir dun exame da situación legal vixente coa finalidade de determinar que achega no plano substantivo penal.

O Dereito civil aborda o fenómeno do maltrato como quebranto de deberes ineludibles de familia que, por isto, produce consecuencias de Dereito familia. Así, con relación aos fillos, o artigo 166 do Código Civil (privación de patria potestade) e os artigos 856 e 756 (desheredación); con relación ao cónxuxe (separación e divorcio) e o artigo 855 (desheredación).

A política criminal fronte a este problema social consistiu en ir progresivamente ampliando o contido do tipo penal e as medidas de protección da vítima. En efecto, a partir da formulación inicial do delito de violencia intrafamiliar, que se introduce por vez primeira no noso Código pola LO 3/1989, do 21 de xuño, no artigo 425 do Código Penal, coa finalidade de dar protección aos membros máis débiles do grupo familiar fronte a condutas sistematicamente agresivas doutros membros do devandito grupo, acometéronse varias reformas penais dirixidas a aumentar a protección da vítima destes delitos, que ata agora non se identificou só coa muller.

A primeira das reformas importantes tivo lugar pola LO 14/1999, do 9 de xuño, que tivo a finalidade principal de ampliar a protección da vítima. Ampliouse a protección a supostos en que desaparecera o vínculo matrimonial ou a convivencia more uxorio ao tempo de producirse a agresión; introduciuse como modalidade de comportamento típico, xunto á violencia física, a violencia psíquica e definiuse legalmente a frecuencia para os efectos deste delito.



Despois desa importante reforma a violencia doméstica foi obxecto de atención lexislativa nos últimos anos, incluso meses, e arbitráronse respostas legais, de carácter punitivo, outras de carácter procesual, coa finalidade de combater da maneira máis eficaz este problema social. Ao respecto foron de especial transcendencia a xa citada Lei orgánica 11/2003, do 29 de setembro, de medidas concretas en materia de seguridade cidadá, violencia doméstica e integración social dos estranxeiros, no plano substantivo completada coa reforma penal pola Lei orgánica 15/2003, do 25 de outubro, e a Lei orgánica reguladora da prisión provisional. Por último, a Lei 27/2003, do 31 de xullo, reguladora da orde de protección das vítimas da violencia doméstica.

O anteproxecto que culminou na Lei orgánica 11/2003 foi valorado positivamente por este Consello Xeral do Poder Xudicial porque tipificou o delito de violencia doméstica habitual como delito contra a integridade moral, de forma coherente co ben xurídico tutelado por este delito, toda vez que o exercicio habitual destes feitos entronca máis claramente coa dignidade humana e co libre desenvolvemento da personalidade, como veu destacando a xurisprudencia (cfr. STS do 20 de decembro de 1996 e do 24 de xuño de 2000).

Ademais, entendeuse que solucionaba un problema concursal entre os actuais artigos 153 e 173 do Código Penal, situaba sistematicamente de forma adecuada o delito de que se trata en atención ao seu contido inxusto e expresaba de forma máis correcta que non se trata só dun atentado á integridade ou saúde física ou psíquica como ben xurídico do delito de lesións. Tamén se valorou positivamente a ampliación do círculo de suxeitos pasivos deste delito, que o estendía a outros ámbitos privados de dependencia ou subordinación, ademais do estritamente familiar.



Coa reforma operada pola LO 11/2003 suprímese a falta do artigo 617.2, 2º e toda violencia física exercida sobre os suxeitos pasivos enumerados no artigo 173.2, aínda que se trate dun feito illado e que non chegue a causar lesión, en canto que pasa a ser delituoso polo carácter pluriofensivo do feito, tipificándose a partir da reforma no artigo 153 do Código Penal. Neste precepto introdúcese un subtipo agravado para cando os feitos se realicen en presenza de menores, utilizando armas, no domicilio común, no domicilio da vítima, ou ben mediando o quebrantamento dalgunha das penas previstas no artigo 48 ou dalgunha medida de seguridade.

Estas medidas substantivas acompañáronse de medidas procesuais. A reforma da prisión provisional estivo animada en boa parte para dar solución ao problema da violencia doméstica. A recente Lei 27/2003, do 31 de xullo, regula a orde de protección das vítimas da violencia doméstica. O Rexistro estatal para a protección das vítimas que prevé a dita lei creouse polo RD 355/2004, do 5 de marzo.

**En fin, o anteproxecto de lei integral nace nun contexto en que a protección da vítima da violencia doméstica leva constituíndo un obxectivo principal da política criminal; xa que logo, non nace nun escenario de escaseza de medidas, senón dunha pluralidade de iniciativas lexislativas xa en vigor –en especial a Lei 27/2003-, pero que polo seu curto espazo de vixencia non permite aínda valorar a súa eficacia real para combater o fenómeno social a que nos referimos.**

#### **b) Novidades do anteproxecto**

O texto informado contén as seguintes medidas penais:



- 1ª Introdúcese un **novo suposto de agravamento no artigo 148 do Código Penal** cando no delito de lesións a vítima «fose ou fora esposa ou muller que estivese ou estivera ligada ao autor por unha análoga relación de afectividade, aínda sen convivencia».
- 2ª **Elévanse á categoría de delito as ameazas e as coaccións leves** cando o suxeito pasivo fose ou fora esposa ou muller que estivese ou estivera ligada ao autor por unha análoga relación de afectividade, polo que só poden ser cometidos polo varón.
- 3ª **Sanciónase en todo caso con pena privativa de liberdade o quebrantamento da pena do artigo 48 do Código Penal -afastamento en sentido amplo- ou unha medida cautelar, cando o ofendido sexa unha das persoas a que se refire o artigo 173.2 do Código.**

Como reza a exposición de motivos, «para a cidadanía, para os colectivos de mulleres e especificamente para aquelas que sofren este tipo de agresións, a lei integral quere dar unha resposta firme e contundente e mostrar firmeza plasmándoas en tipos penais específicos». En suma, o anteproxecto, con relación ao réxime legal actual supón, na orde penal, un **agravamento da responsabilidade penal do varón cando o feito teña como suxeito pasivo a muller**, ben mediante a introdución dun tipo agravado –respecto do básico das lesións-, ou a conversión en delito das faltas de ameazas e coaccións leves.

Estas medidas penais deben analizarse desde os principios que informan o Dereito penal, recoñecidos na Constitución.



### **c) Papel da tutela penal na violencia contra a muller**

Sen descoñecer que corresponde ao Tribunal Constitucional a misión de pronunciarse acerca da adecuación á Constitución dunha norma nova, corresponde ao Consello Xeral do Poder Xudicial, como xa se expuxo, informar sobre a adecuación á Constitución das medidas legislativas que inciden en dereitos fundamentais que han de tutelarse ordinariamente ante os xuíces e os tribunais [artigo 108,1 e) da Lei orgánica do poder xudicial].

Con carácter previo, e na liña xa exposta de marcada “xudicialización” das solucións, debe terse en conta que hoxe é recoñecido que os mellores resultados no control da criminalidade non se obteñen incrementando o rigor da resposta ao delito (penas máis severas), nin mellorando o rendemento e a efectividade do sistema legal, senón a través dunha acción positiva na orde social, atacando as raíces do problema. O propio do Dereito penal é asumir unha función de prevención secundaria, isto é, só intervén tardiamente ante as manifestacións do problema, razón pola que convén insistir unha vez máis na advertencia de que a opción do texto informado se basea fundamentalmente na xudicialización do problema da violencia contra a muller. Nese sentido a recomendación ( R) 14 do Comité de Ministros do Consello de Europa do 26 de marzo de 1985, sobre violencia familiar aconsella tratamentos alternativos ás medidas puramente penais.

Considerando que xa se adoptaron medidas legais que supuxeron en xeral unha reforma do sistema penal no tratamento da violencia doméstica, debe valorarse se as medidas de agravamento penal que se propoñen colman unha necesidade de maior rigor penal co fin de garantir unha maior protección á muller. Aínda que non é necesario



realizar consideracións científicas sobre os límites da intervención punitiva do Estado, debe terse en conta que os estudos actuais puxeron de manifesto como en determinados ámbitos existe a tentación de obter maiores doses de seguridade por medio da ferramenta do Dereito penal, pero que en ocasións -concibido como un Dereito penal de máximo- non pode proporcionar a resposta buscada nel de maneira desesperada.

#### **d) A tipificación como delito das ameazas e coaccións leves sobre a muller**

Os artigos 29 e 30 do anteproxecto, como medidas de protección contra as ameazas e as coaccións, engaden dous novos apartados ao artigo 171 do Código penal –delito de ameazas-, e un apartado segundo ao artigo 172 –delito de coaccións- e mantense como tipo xeral para describir o ámbito subxectivo da violencia doméstica o artigo 173.2, precepto que non fai discriminación ningunha por razón de sexo e que engloba a todos os que pertencen á unidade familiar.

Desta maneira, e en canto ás ameazas, temos:

- ✍ ✍ Que se son leves e contra as mulleres, de falta pasa a delito no artigo 171. 4.
- ✍ ✍ Se é a outra das persoas do artigo 173.2 é falta, a teor do artigo 620, segundo parágrafo.
- ✍ ✍ Se a ameaza é cunha arma ou cun obxecto perigoso e se refire a persoas do artigo 173.2 –polo tanto, tamén mulleres- é delito do artigo 171.5º.

En canto ás coaccións:

- ✍ ✍ Se é leve e contra as mulleres deixa de ser falta do artigo 620.1.1º para ser delito do artigo 172.2.



✍ Se é a outra persoa do artigo 173. 2 é falta do artigo 620.1.2º.

Deste cadro dedúcese que ante o mesmo comportamento obxectivo -ameaza ou coacción leve- o varón comete un delito mentres que a muller unha simple falta, a pesar de que os dereitos fundamentais atacados polo comportamento ilícito teñen na Constitución o mesmo valor calquera que sexa a persoa do seu titular. Isto conduce a outras disfuncións valorativas pois, por exemplo, sanciónase cunha pena máis grave a ameaza leve se o suxeito pasivo é muller ou ex muller que se a ameaza vai dirixida fronte ás persoas definidas no artigo 173.2 (por exemplo, menores) aínda cando neste caso empregaran armas ou outros instrumentos perigosos.

Á vista destes resultados, considérase que a reforma proposta dos artigos 171 e 172 presenta serias obxeccións de constitucionalidade, a xuízo deste Consello, por definir o suxeito activo e pasivo do delito por razón do sexo, á marxe do comportamento obxectivamente realizado e por non xustificar adecuadamente o tratamento punitivo da ameaza ou coacción leves contra a muller.

O anteproxecto converte delitos comúns en delitos especiais por razón da cualidade sexual do suxeito activo como xa ocorrera, por exemplo, nos Códigos predemocráticos con certos delitos contra a honestidade, cuxo suxeito pasivo era só a muller (vgr. violación). Esta división dos delitos en función do sexo do suxeito activo non só se contén no artigo 33 do texto -que introduce o novo artigo 87 ter1.a) da Lei orgánica do poder xudicial- á hora de atribuír competencia aos proxectados xulgados de violencia sobre a muller, senón na propia tipificación de ilícitos penais con suxeito activo varón, que só poden ser cometidos polo home con exclusión das mulleres.



Este modo de proceder, que ante un mesmo comportamento obxectivo é tipificado como delito ou falta en función de ser o suxeito activo varón ou muller supón unha frontal vulneración do principio de igualdade do artigo 14 da Constitución que non pode xustificarse obxectivamente ao amparo da doutrina da discriminación positiva tolerable de difícil encaixe na tutela penal, pois trátase de protexer a muller a custa de restrinxir a liberdade do home, xa que a maior rigor punitivo, maior restricción da liberdade. Estamos ante unha discriminación -negativa- do varón incompatible coa Constitución.

En efecto, na defensa dos bens fundamentais que se erixen en bens xurídicos protexidos nos delitos ou faltas de ameazas ou coaccións non parte a muller dunha situación de desvantaxe que deba corrixirse mediante o recurso a unha maior protección penal mediante a técnica de buscar a eficacia preventiva-xeral mediante penas máis severas. A liberdade tutélase xa no Código de igual maneira segundo sexa o seu titular a muller ou o varón. Non hai discriminación ningunha nin situación de inferioridade neste ámbito.

Pero, ademais, a conversión deses comportamentos de ameazas ou coaccións leves no delito cando o suxeito activo é varón supón unha contradición frontal con principios constitucionais do Dereito penal en todas as hipóteses imaxinables en que podería apoiarse o prelexislador e isto polas seguintes razóns:

- 1<sup>a</sup> Se o agravamento obedece a que estatisticamente é a muller o suxeito pasivo de comportamentos desta clase e que normalmente proceden do varón, entón agravaríase a responsabilidade no caso concreto por feitos alleos, con vulneración do principio de culpabilidade, toda vez que o concreto varón axuizado vería





agravada a súa responsabilidade polos feitos doutros, de acordo coa doutrina da acumulación de comportamentos.

2ª Se o agravamento se fundamentase en que a ameaza ou a coacción se realizan con ánimo de discriminación ou dominación do home sobre a muller (poñendo en relación estes preceptos co artigo 1. 2 do anteproxecto), partiríase da presunción de que cando o home ameaza ou coacciona a súa muller ou a súa ex muller faino en todo caso valéndose dunha situación de superioridade ou co fin de manter a súa vontade de dominación. Esta presunción legal suporía converter faltas en delitos, o que no réxime ordinario únicamente se contempla como circunstancia agravante xenérica, co que se lle recoñecen ás motivacións do autor unha supercualificación desproporcionada coa gravidade obxectiva do feito.

O Código Penal contempla como circunstancia agravante no artigo 22.2 o abuso de superioridade cando se produce un desequilibrio de forzas entre o agresor e o agredido, de forma que se encontren limitadas de forma notable as posibilidades de defensa do ofendido; desequilibrio que debe ser aproveitado polo autor para realizar o delito. Este reproche maior, que se traduce nun agravamento da responsabilidade, non depende do sexo do suxeito activo e do pasivo, senón dun feito obxectivo de dominación.

A discriminación por razón do sexo contense como circunstancia agravante no artigo 22.4 e o agravamento fundaméntase no maior reproche da conduta en atención ao móbil que impulsa a cometer o delito.

Pero estas dúas circunstancias nin se presumen, pois deben



ser apreciadas en cada caso concreto, nin son consideradas pola lei como moi cualificadas para os efectos de determinar a magnitude penal. Na medida en que o anteproxecto contén determinadas medidas penais que parten da presunción de superioridade do home sobre a muller e que recoñece á superioridade ou á discriminación por razóns de sexo unha eficacia de aspiración da pena, ou a conversión de meras faltas en delito, conduce a consecuencias desproporcionadas desde o punto de vista da responsabilidade polo feito.

3ª Se o agravamento se fundamentase na perigosidade do autor que comete estes delitos, entón combateríase co recurso á pena unha mera cualidade persoal do varón, que ademais se presume legalmente e, en consecuencia, tamén se vulnera o principio de responsabilidade polo feito cometido.

**Do anterior colíxese que a medida penal consistente na tipificación como delito das accións de ameaza e coacción leve cando proceden do varón non se fundamenta en razóns vinculadas a un maior contido de inxusto ou de culpabilidade, senón que unicamente obedecen a razóns subxectivas relativas á cualidade do varón e á súa presunta superioridade sobre a muller.**

**Esta concepción adéntrase de cheo nun Dereito penal de autor, na “xurisprudencia do sentimento”, voluntarista, con predominio non tanto do normativo coma do que se deu en chamar “o san sentir do pobo”. Estas concepcións, propias da Escola de Kiel, evidentemente non son compatibles coa Constitución e isto non é algo que aventure o Consello, senón que o Tribunal Constitucional recoñeceu que a Constitución parte do principio de culpabilidade e que unha consecuencia penal que no caso concreto**



**non se sentise adecuada á gravidade da culpabilidade non é acorde co valor xustiza establecido de modo categórico pola Constitución.**

**Así, declarou o Tribunal Constitucional na sentenza 150/1991 (relator Sr. López Guerra) que «a Constitución consagra sen dúbida o principio de culpabilidade como principio estrutural básico do Dereito penal, de maneira que non sería constitucionalmente lexítimo un Dereito penal "de autor" que determinase as penas en atención á personalidade do reo e non segundo a súa culpabilidade na comisión dos feitos»** con cita das SsTC 65/1986, 14/1988 e outras.

Polo tanto, alí onde nos presupostos da conminación penal se inclúe algo distinto do feito obxectivo, e ese algo máis se asocia á condición do autor, á súa cualidade de varón, atopámonos cun sistema en que a pena se dirixe ao autor como tal. Ao autor só se lle pode castigar polo feito cometido e en función da súa gravidade, e está claro que o mesmo feito non é máis grave pola circunstancia de ser o autor o varón e a vítima a muller. Este modo de proceder supón un ataque frontal ao principio de culpabilidade.

Pero é que, ademais das razóns constitucionais expostas, poden dirixirse á regulación proxectada outras dúas obxeccións máis. Dun lado, mentres que desde o punto de vista sistemático non se explica suficientemente que o delito de ameaza leve se leve a un precepto –o artigo 171- que tipifica o delito de ameazas cando a ameaza consiste en causar un mal que non constitúe delito, pois a ameaza leve pode consistir tamén na ameaza dun mal que constitúa delito, só que en atención ás circunstancias en que se produce non presenta a intensidade da ameaza constitutiva de delito do artigo 169.



Ademais, o agravamento da pena da ameaza cando se realice por quen quebrantara unha pena das contempladas no artigo 48 ou unha medida cautelar ou de seguridade da mesma natureza pode conducir a unha vulneración do principio de non bis in idem, se se ten en conta que o quebrantamento da pena ou da medida é punible en si mesmo e, ademais, se introduce no anteproxecto unha modificación do artigo 468, consistente precisamente en impoñer en todo caso a pena de prisión no caso de quebrantamento destas penas ou medidas, o que supón configurar un delito agravado de quebrantamento de condena.

e) O agravamento do delito de lesións

O artigo 148 reformouse no anteproxecto para introducir un tipo agravado de lesións « 4º *Se a vítima fose ou fora esposa ou muller que estivese ou estivera ligada ao autor por unha análoga relación de afectividade, aínda sen convivencia*».

No artigo 148 o agravamento do delito de lesións por razóns relativas á condición da vítima aplícase ao caso de «se a vítima fose menor de doce anos ou incapaz». O agravamento encontra o seu fundamento na maior vulnerabilidade destas persoas e nas circunstancias de indefensión en que se encontran polas condicións de idade ou de incapacidade; a pesar disto, o tipo opera en termos obxectivos e presúmese ex lege a inferioridade das vítimas e o abuso de superioridade en que incorre o agresor.

Na medida en que o anteproxecto agrava o delito de lesións se a vítima «fose ou fora esposa ou muller que estivese ou estivera ligada ao autor por unha análoga relación de afectividade, aínda sen convivencia», presúmese tamén ex lege que a muller se encontra en todo caso de lesión en situación de inferioridade. Deste modo, a agravante xenérica



de abuso de superioridade, que en supostos normais debe apreciarse se concorre no caso concreto, coa norma proxectada presúmese que concorre sempre que a vítima é a esposa ou ex esposa do agresor, sen que se aprecie por esta relación un maior contido de inxusto ou de reprochable no comportamento do agresor con relación ao delito de lesións, sen prexuízo de aplicar, se é o caso, a circunstancia mixta de parentesco do artigo 11 que opera nestes casos de ataque a bens persoais como circunstancia agravante.

A diferenza dos menores e incapaces, que obxectivamente poden ser tidos como persoas especialmente vulnerables, non pode dicirse en todo caso que a muller que sofre un ataque de mans da súa parella se encontre en situación de especial vulnerabilidade ou de indefensión. Se isto é debido a unha situación de violencia precedente, o inxusto global é valorado a través do delito contra a integridade moral do artigo 173.2 que, como é sabido, non impide a sanción en concurso de delitos dos delitos de lesión que no contexto de dominación puideron realizarse.

Polo tanto, nin desde o punto de vista de inxusto nin da culpabilidade ten fundamento o tipo agravado de lesións. Só cabe entender o precepto sobre a base dunha presunción legal de inferioridade da muller, o que é inaceptable como tal presunción. Noutro caso, se se fundamentase nunha real situación de dominación entón, ben pola vía do artigo 173.2 ou ben polas circunstancias xenéricas de abuso de superioridade, discriminación por razón de sexo e a mixta de parentesco, pode ser compensado suficientemente mediante a pena o inxusto realizado polo autor.

En calquera caso, tampouco aquí se xustificaría unha maior protección da muller, e non doutros círculos ou ámbitos reais de dominación –como as lesións aos ascendentes, por exemplo -, onde en



ocasións esa situación de inferioridade ou maior vulnerabilidade é máis constatable que respecto da propia muller.

Por outro lado, unha vez máis, sobre a base da denominada discriminación positiva favorécese a muller mediante un agravamento da responsabilidade penal do varón –único suxeito activo do tipo agravado-, polo que poden reproducirse aquí os reproches formulados máis arriba.

### 3. Sobre a creación dos xulgados de violencia sobre a muller

Sinala a exposición de motivos que «de acordo coa tradición xurídica española optouse por unha fórmula de especialización, dentro da orde penal, dos xuíces de instrución, creando os xulgados de violencia sobre a muller e excluindo a posibilidade de creación dunha orde xurisdiccional nova ou a asunción de competencias penais por parte dos xuíces civís».

A partir da tal premisa, estes xulgados coñecerán da instrución e, se é o caso, da resolución das causas penais en materia de violencia sobre a muller, así como daquelas causas civís relacionadas. Perséguese que unhas e outras en primeira instancia sexan obxecto de tratamento procesual ante o mesmo órgano, de forma que o integral radica na maior, máis inmediata e eficaz protección da vítima, así como os recursos para evitar reiteracións na agresión ou unha escalada na violencia.

Xa o Pleno do Consello Xeral do Poder Xudicial, no informe aprobado o 21 de marzo de 2001, formulou como necesaria a existencia de xulgados especializados e a racionalización das normas de reparto co fin de mellorar o rendemento do sistema xudicial fronte ao fenómeno do maltrato. Hai que recordar que a R13 (85) do Comité de Ministros do



Consello de Europa sobre a violencia na familia recomenda estudar a posibilidade de encargar unicamente os asuntos de violencia na familia a membros especialistas da autoridade xudicial e de instrución ou tamén aos tribunais decisorios.

Significa isto que ao non ser vinculante nin preceptivo un concreto modelo organizativo, sempre cabe que acudindo á vía do artigo 98 da Lei orgánica do poder xudicial e ao capítulo I do título II (artigos 16 e ss.) do regulamento 5/1995, do 7 de xuño, de aspectos accesorios das actuacións xudiciais, se atribúa o coñecemento das causas de violencia doméstica a uns concretos órganos con exclusión doutros do seu ámbito territorial.

Por isto, o Consello valora positivamente acudir á idea de especialización, pero funcional; agora ben, cuestión distinta é, primeiro, a creación duns órganos específicos máis alá da pura especialización funcional e, en segundo lugar, e por razón do dito ata agora, o establecemento dunha xurisdición especial por razón do sexo dunha das partes, algo propio do Antigo Réxime e afortunadamente superado xa ao longo do século XIX.

En efecto, debemos considerar que existen varias ordes xurisdicionais distribuindo o coñecemento das materias propias de cada un aos diferentes órganos xurisdicionais de cada unha desas xurisdicións. É o artigo 9 da Lei orgánica do poder xudicial, que non é reformado polo anteproxecto, o que distribúe os asuntos entre as distintas ordes xurisdicionais, correspondendo á orde penal o coñecemento das causas e xuízos criminais e á orde civil as materias que lle son propias. E mentres a orde xurisdicional civil alcanza a todos os asuntos non atribuídos a outro orde – xurisdicción residual-, a preferencia da orde xurisdicional penal determina que, ao abeiro do



artigo 10 da Lei orgánica do poder xudicial, poida esta xurisdición coñecer de materias propias doutra orde xurisdicional para os sós efectos prexudiciais. A xurisdición é en todo caso improrrogable.

De acordo con isto, o xuíz da orde xurisdicional penal só coñece de asuntos penais e unicamente das materias propias doutra orde xurisdicional que incida no proceso penal como cuestión prexudicial. No entanto, o anteproxecto vai máis alá ao atribuír ao órgano penal denominado xulgado de violencia sobre a muller materias propias da orde xurisdicional civil non con carácter prexudicial, senón principal. **Estamos, por tanto, ante unha especie de conmixión de xurisdicións, que ten como resultado unha xurisdición especial, a xurisdición de violencia sobre a muller, un híbrido que combina aspectos penais e civís –e estes de diversa índole- e sen que se perdan de vista as consecuencias xurídico-laborais das súas decisións (cf. artigo 18).**

Debe terse en conta que a existencia do tradicional modelo de xulgados mixtos, de primeira instancia e instrución, non supón a confusión de xurisdicións. O xuíz único actúa como xuíz de primeira instancia no civil ou como xuíz de instrución no penal, pero con separación nítida de ordes xurisdicionais, sen mestura ningunha.

Pois ben, desde o punto de vista do deseño orgánico xudicial pode advertirse que o razoamento no deseño do organigrama xudicial implica que os órganos xudiciais deban crearse atendendo as ramas do ordenamento xurídico, as instancias e graos procesuais ou a necesidade de especialización funcional a propósito dunha concreta materia.

Sobre esa idea de especialidade funcional podería compartirse a creación destes xulgados como xa os hai de familia, menores ou





vixilancia penitenciaria. Agora ben, o criterio de especialización empregado agora non é o dunha rama do ordenamento ou materia, senón que dentro da orde penal se crea unha especialización que obedece a un obxectivo político –loitar contra a violencia respecto da muller-, tomando por base o sexo da vítima e o ánimo ou a intención do agresor.

Ademais, a previsión do anteproxecto xunto coa memoria económica é tripla, pois caben tres solucións:

- ✍ ✍ Que se creen de nova planta un total de 21 novos xulgados de violencia naquelas poboacións cuxa carga de traballo así o aconselle e que se dedicarían exclusivamente a esta materia.
- ✍ ✍ Que tamén con dedicación exclusiva se transformen xulgados xa existentes en xulgados de violencia sobre a muller, o que se fará cando non se precise crear un de nova planta.
- ✍ ✍ Compatibilizar xulgados de instrución ou de primeira instancia e instrución xa existentes.

Debe resaltarse que a iniciativa informada non vai acompañada de estudo estatístico ningún que dea unha idea do que suporá para a organización xudicial a dita medida. Ignórase realmente cantos órganos de nova planta deben crearse, ignórase como vai incidir nos xulgados de instrución e sobre todo nos de familia xa existentes e, neste caso, se se vai producir un baleiro competencial mediante un transvasamento de asuntos masivo ou limitado. Á súa vez, non se barallou se con esta lei se vai potenciar que a vía penal teña un “efecto chamada” na consideración dos litixios de familia ou polos efectos laborais e funcionariais máis que efecto chamada cabe pensar nun



efecto multiplicador.

**Por dicilo doutra forma, cabe formularse se a criminalización das causas civís, os efectos funcionariais e laborais que implica promover unha causa competencia destes órganos máis as especialidades procesuais que encerra o texto informado e todo baseado na idea de que se está ante unha xurisdición determinada polo sexo cabe formularse, dicimos, se todo en conxunto non vai producir unha profunda distorsión na planificación da planta xudicial.**

Neste sentido hai que recordar que a lóxica do sistema é que o primeiro é a norma substantiva (xa sexa civil ou penal), dependendo dela configúranse os procesos – de aí o adxectivo de Dereito procesual- e en función desas dúas premisas organízanse os xulgados e tribunais.

No entanto, neste caso a reforma baséase ante todo nunha idea de tratamento xudicial integral das causas en que é vítima unha muller obxecto de violencia. Sobre esta base pénsase primeiro no instrumento – xulgados-, para darlle contido e altéranse as regras de competencia e especialización, todo o que, finalmente, alcanzará o aspecto substantivo das normas aplicables nos litixios de familia. Ao configurarse estes órganos como unha especialidade dentro da orde penal –así o di a exposición de motivos- todas as materias civís competencia deses órganos desdebúxanse na súa natureza.

Acreación destes xulgados produce, ademais, efectos indirectos pouco plausibles. Comprométese a aparencia de imparcialidade que un órgano xudicial debe presentar, pois un órgano que ten como función exclusiva a tutela da muller pode ofrecer dúbidas de imparcialidade para o home en canto que a aparencia que se dá a estes órganos é que se



crean non para aplicar con imparcialidade a xustiza, senón para loitar contra unha concreta patoloxía das relacións home-muller e que se traduce no ánimo do agresor concretado no artigo 1.2, cuxa concorrencia pode chegar simplemente a presumirse. Este dato é importante, pois se o agresor non agrede a muller coa intención de discriminala ou co ánimo de manter a relación de poder que exerce sobre ela, senón con ánimo de vinganza ou por arrebatado ou ciúmes, eses mesmos feitos xulgaranse por outros xuíces ou aínda cando sexa por el mesmo, sempre o fará ao abeiro doutros procedementos.

Para concluír este apartado debe facerse notar que se ben na Lei 27/2003 tantas veces citada xa se atribúe aos xuíces de instrución en funcións de garda a posibilidade de adoptar medidas de índole civil (cf, novo artigo 544 ter 5 e 7 da Lei de axuízamento criminal), a dita previsión faise desde os seguintes criterios:

- ✍✍ A competencia non é duns órganos de novo deseño e creación, senón sobre os xa existentes.
- ✍✍ Existe limitación temporal en canto ás medidas civís que poden adoptarse e en canto ao tipo de medidas.
- ✍✍ Todo ese réxime refírese á violencia doméstica, sen discriminar o sexo da vítima nin apreciar a intención do agresor.

Polo contrario, o texto informado caracterízase polo seguinte:

- ✍✍ Xerará un réxime paralelo ao xa existente, con risco de solapamento.
- ✍✍ Baséase nun tipo novo de órganos xudiciais á marxe, nun principio, dos xuíces de instrución.



- ✍✍ Refírese só á muller vítima de violencia e nas circunstancias do artigo 1.2.
- ✍✍ Aplícase a máis delitos e xeneralízase a asunción de competencias civís dos novos xuíces, medidas que non teñen que ser conxunturais.

En definitiva, e como xa se dixo, co texto informado lonxe de avaliarse a experiencia da aplicación da Lei 27/2003 e sobre ela adoptar decisións normativas óptase, por un lado, por seperala (novos xuíces, máis competencias, xeneralización de competencias civís) pero á vez restrínxese (só para mulleres), xerando un preocupante panorama de confucionismo procesual e competencial. Por estas razóns, suxírese unha maior reflexión e reconsideración da iniciativa informada.

#### **4. Sobre as regras de distribución de competencia**

##### **a) Atribución de competencias penais**

Incorpórase por medio do artigo 33 do anteproxecto un novo artigo 87 ter á Lei orgánica do poder xudicial para atribuír a competencia aos denominados xulgados de violencia sobre a muller. Correlativamente é reformado o artigo 87 da referida lei orgánica e o artigo 14 da Lei de axuizamento criminal coa finalidade de subtraer ao xuíz de instrución a competencia para instruír a causas que sexan competencia dos xulgados de violencia sobre a muller.

A idea reitora desta atribución competencial consiste en atribuír o coñecemento de determinados delitos -homicidio, aborto, lesións, lesións ao feto, delitos contra a liberdade, torturas e outros delitos contra a integridade moral, contra a liberdade e a indemnidade sexuais ou calquera outro delito cometido con violencia ou intimidación -en función



de que «que se tivesen cometido contra quen sexa ou fose a súa esposa, ou muller que estea ou estivese ligada ao autor por análoga relación de afectividade, aínda sen convivencia». Pero só nos casos de que se tiveren producido «con ocasión de actos de violencia sobre a muller nos termos do artigo 1 da Lei orgánica integral de medidas contra a violencia sobre a muller», segundo establece o proxectado apartado 5º do artigo 14 da Lei de axuízamento criminal. **É dicir, os xulgados de violencia sobre a muller reciben competencia se concorren os seguintes presupostos:**

- 1º Que o suxeito activo sexa o varón e o pasivo a muller nos casos establecidos.**
- 2º Que os delitos enumerados sexan cometidos «para manter a discriminación, a desigualdade e as relacións de poder dos homes sobre as mulleres».**

O xulgado de violencia sobre a muller asume a competencia para a instrución destes delitos, subtraéndoa ao xuíz ordinario, o xuíz de instrución, e para o coñecemento e fallo de determinadas faltas. Isto lévanos a reflexionar, en primeiro lugar, sobre o ámbito obxectivo de competencia e, en segundo lugar, se hai razóns para atribuír a instrución destes delitos a un órgano xudicial novo, distinto dos tradicionais xulgados de instrución.

O primeiro que se observa é que a atribución obxectiva **non se fai en función da materia, senón en función do sexo do suxeito activo e pasivo pois a materia, a clase de delitos que se atribúen ao coñecemento do xuíz de violencia sobre a muller, é idéntica ca a que a lei vixente atribúe ao xuíz de instrución, o que produce efectos pouco razoables pois, por exemplo, a instrución dun delito de homicidio é idéntica sexa quen sexa a vítima dese delito. A**



aparencia de imparcialidade obxectiva que transmite o xulgado de instrución, que recibe a súa denominación dunha fase do proceso penal, esvaécese se a instrución dun delito de homicidio se atribúe a un xulgado que non recibe a súa denominación por razóns funcionais, senón pola calidade persoal do suxeito activo e pasivo do delito.

Podería xustificarse a previsión legal acudindo aos xulgados de menores: o homicidio que cometa un menor é sempre igual, pero este termo de comparación esvaécese se se ten en conta que a razón de que haxa xulgados de menores radica, ex artigo 25 da Constitución, na necesidade de ir á recuperabilidade do menor – persoa que se está a facer- de aí que haxa un conxunto de especialidades penolóxicas de tratamento e reeducación. No caso informado á marxe do agravamento ou non das penas, as referidas en canto tal son as mesmas. En definitiva, todo se fai depender do sexo da vítima e, repetimos, non hai base capaz de xustificar unha organización xudicial por esa razón, do mesmo modo que non a hai por razón da raza nin da ideoloxía nin as crenzas; en definitiva, por ningún dos estándares de igualdade do artigo 14 da Constitución.

En canto ao ámbito obxectivo, inclúense algúns delitos que dificilmente pode concibirse que formen parte do contido propio dos delitos aos que se refire o artigo 1 de anteproxecto que tantos problemas interpretativos presenta. Por exemplo, é difícil e ata retorcido pensar que se comete un homicidio ou un aborto «para manter a discriminación, a desigualdade e as relacións de poder dos homes sobre as mulleres». Agora ben, **na realidade criminolóxica aquela especial motivación, que aínda cando concorrer sempre será difícil de probar no proceso, non adoita presentarse en determinadas figuras de delito como as apuntadas e o que pode conducir na práctica á inutilidade destes xulgados, máxime se se produciu a morte da muller, en cuxo caso cae a lei pola súa base, devén inaplicable, pois**



**non hai xa desgraciadamente violencia ningunha que previr (artigo 1.1 do texto informado). Nestes casos ¿que xuíz é o competente?**

Pero á parte de que esa intencionalidade non está presente na maioría dos casos da realidade cotiá, aínda que o estivese, é ben coñecido que os elementos subxectivos dun delito unicamente poden ser probados no proceso por proba indiciaria, tras un razoamento lóxico-dedutivo que realiza o xuíz sentenciador tras a análise da proba practicada. Desde este punto de vista, **na medida en que a competencia do xuíz de violencia sobre a muller depende da previa comprobación desa especial motivación do suxeito activo que só será apreciable tras o xuízo oral, na práctica sería imposible atribuír a competencia ao xuíz de violencia para instruír a causa ou, por dicilo doutra forma, ata que non se dita a sentenza non se sabe se o trámite se seguiu ante o xuíz competente, sen que poida aceptarse que se presuma a concorrencia dese ánimo en todo caso. E é que o problema radica en atribuír a competencia non por criterios obxectivos, senón en función do ánimo do autor.**

Ademais do anterior, e analizando en concreto o ámbito obxectivo, non ten sentido incluír os delitos de torturas nesa relación, desde o momento en que a tortura, tecnicamente, é un delito que cometen «as autoridades ou funcionarios públicos, con abuso do seu cargo e co fin de obter unha confesión ou información», sen prexuízo de que se inclúan os outros delitos contra a integridade moral aos que se refire o título VII do libro II do Código Penal e sempre que se produzan dentro do ámbito de aplicación da lei.

Tampouco ten sentido incluír todos os delitos cometidos con violencia ou intimidación sobre a muller, pois non se comprende moi ben que relación ten co obxecto desta lei algún destes delitos como, por



exemplo, a realización arbitraria do propio dereito, o roubo con violencia ou intimidación, a extorsión, etc.

Por outro lado é igualmente criticable que se inclúa, dentro do ámbito da competencia destes xulgados, a instrución por calquera delito contra as relacións familiares se se basea no feito de que a vítima sexa só a muller, pois -como é sabido- dentro deste título XII inclúense os delitos de matrimonios ilegais, da suposición de parto e da alteración da paternidade, estado ou condición do menor, o quebrantamento dos deberes de custodia e da indución de menores ao abandono de domicilio e do abandono de familia, menores ou incapaces.

En definitiva, os delitos que han de instruír os xulgados de violencia sobre a muller son delitos comúns e non presentan singularidade ningunha en canto á súa investigación e instrución que os atribuídos ao xuíz de instrución ordinario. E desde o punto de vista da adopción de medidas preventivas, o xuíz de instrución ten plenas potestades para a súa adopción dentro dos límites constitucionais.

#### **b) Atribución por vis atractiva de competencias civís ao xuíz de violencia sobre a muller**

Non é novidoso que en materias de violencia o xuíz penal asuma funcións civís; este é, ao cabo, o modelo iniciado coa Lei 27/2003. Non obstante, o salto que se dá agora é cualitativo. O novo modelo - como xa se advertiu máis arriba- xeneraliza esa posibilidade e, ademais, o coñecemento de asuntos de índole civil, á parte de ser máis extenso non é puramente conxuntural ou preventivo.

Deste xeito, as materias da orde civil que se atribúen aos xulgados de violencia son do máis variadas, sendo por outra parte





censurable a expresión “poderán”, pois pode parecer que é facultativo dos devanditos xulgados coñecer unha destas materias. En todo caso, desde a noción de violencia sobre a muller e desde o obxecto do anteproxecto (cf. de novo o artigo 1) non se comprende facilmente a atribución de materias como a filiación, maternidade e paternidade, recoñecemento de eficacia civil das resolucións ou decisións eclesiásticas en materia matrimonial, relacións paterno-filiais en xeral, as que teña por obxecto a adopción ou modificación de medidas de transcendencia familiar cando non se relacionan de forma completa na propia lei nin se leva a cabo a necesaria modificación da Lei de axuizamento civil e iso aínda que se dean de forma simultánea os requisitos aos que se refire o apartado 3º do artigo 87 ter.

En calquera caso, bótase de menos ou pódense intuír os efectos contraproducentes que ocasionaría a falta de referencia a outras materias que, sen verse afectadas polo obxecto da lei teñen especial transcendencia, como é a garda e custodia dos fillos e fillas menores ou o xuízo de alimentos reclamados por un proxenitor contra o outro en nome dos fillos e fillas menores.

Hai que ter en conta, por outra parte, que o precepto, ademais, deixa sen resolver importantes problemas en relación co inicio e a perda da competencia civil polo xuíz de violencia sobre a muller. O dereito ao xuíz natural vén predeterminado pola lei e é un dos principios básicos do ordenamento xurídico español (artigo 24.2 da Constitución), de forma que se soamente se esixe para que o xuíz de violencia asuma competencias para a instrución de calquera dos delitos ou axuizar algunha das cuestións civís ás que se refire o artigo 87 ter, que «se iniciase» un proceso penal por delito ou falta a consecuencia dun acto de violencia sobre a muller ou que se adopte unha orde de protección, podémonos encontrar con que, dalgun xeito, queda a mercé das partes,



neste caso a suposta vítima, a elección do xuíz competente, pois o simple inicio dunha instrución penal responde ao só feito de interpoñer denuncia, sen que o texto informado prevexa a posibilidade de que case de forma inmediata se arquiven as dilixencias penais ou, máis adiante, se sobresee o procedemento , incluso de forma provisional.

Nestes casos ¿que acontecerá cos procedementos civís que está a tramitar o xuíz se chega a darse algunha destas situacións? Teoricamente, o xuíz de violencia deixaría de coñecer de todas as causas civís por faltar o presuposto de feito do novo artigo 87 ter 3. c), co que poderíamos asistir a un pouco aconsellable transvasamento de asuntos civís que, por exemplo, do xuíz de familia vai ao de violencia e del, de novo, ao de familia. Que non se precisa tal especialización queda demostrado cando o que coñeza desas causas sexa un xuíz de primeira instancia e instrución que tamén asuma tarefas de violencia: o transvasamento de asuntos será “consigo mesmo”.

Por outra parte, tamén habería que preguntarse ata que punto é suficiente que o xuíz remita as actuacións ao órgano xudicial que considere competente cando aprecie que «de forma notoria» os efectos non constitúen expresión de violencia sobre a muller, pois á parte da indefinición da expresión tampouco queda claro se a remisión pode facela en calquera momento en que constate a falta de relación dos feitos coa materia obxecto desta lei, máxime dada a imprecisión do artigo 1 do anteproxecto.

### **c) Sobre a perda sobrevida de competencia obxectiva: dereito ao xuíz ordinario**

O artigo 38 regula a «*perda da competencia obxectiva cando se produzan actos de violencia sobre a muller*», sumando un novo artigo 49 bis á Lei de axuizamento civil. Sobre este particular o Consello



aprecia a posible colisión da medida co dereito ao xuíz ordinario predeterminado pola lei. Así, debe terse en conta que o Tribunal Constitucional ten declarado desde a STC 47/1983 que o dereito constitucional ao xuíz ordinario predeterminado pola lei recoñecido no artigo 24.2 da Constitución esixe que o órgano xudicial fose creado previamente pola norma xurídica, que a norma o investise de xurisdición e competencia con anterioridade ao feito motivador da actuación ou proceso xudicial e que o seu réxime orgánico e procesual non permita cualificalo de órgano especial ou excepcional. **Polo tanto, se un feito posterior á atribución da competencia serviría para privar o xuíz do asunto que xa está coñecendo e o dereito a xuíz predeterminado vulneraríase.**

As razóns son as seguintes:

En primeiro lugar, máis correcto resulta que nos supostos nos que legalmente proceda a inhibición dun órgano a favor doutro se faga a favor do xuíz que primeiramente estiver a coñecer do asunto, pois doutro modo abondaría con promover unha nova acción co mesmo obxecto ante outro órgano xudicial con posterioridade para lograr a remoción do primeiro. Así, por exemplo, o artigo 79 da Lei de axuizamento civil dispón que os procesos máis modernos se acumularán aos máis antigos e determinarase a antigüidade pola data de presentación da demanda. A razón de que os asuntos máis modernos sexan os que se acumulan é clara: o contrario permitiría ás partes dispoñer da competencia do órgano xudicial.

Pois ben, o anteproxecto (artigo 38) engade o novo artigo 49 bis á Lei de axuizamento civil, segundo o cal «cando un xuíz ou tribunal, que estea a coñecer dun procedemento civil, tivese noticia da comisión dun acto de violencia sobre a muller nos termos do artigo 1 da Lei orgánica



integral de medidas contra a violencia exercida sobre a muller, que dese lugar á iniciación dun proceso penal ou a unha orde de protección, tras verificar a concorrencia dos requisitos previstos no artigo 87 ter, parágrafo 3 da Lei orgánica do poder xudicial deberá inhibirse e remitir os autos no estado en que se achen ao xuíz de violencia sobre a muller que resulte competente». É dicir, dispónse a inhibición do xuíz que xa está coñecendo con anterioridade por razón dun feito novo a favor do xuíz máis moderno, alterando a solución ordinaria destes problemas de concorrencia de procesos.

É certo que a xurisdición e competencia do xulgado de violencia sobre a muller determínase con anterioridade ao feito motivador da actuación ou proceso xudicial, pero con relación ao xulgado de primeira instancia a perda sobrevida de competencia por un feito posterior equivale a unha indeterminación do xuíz que, en definitiva, vai a coñecer do asunto e desde este punto de vista **contrádise o dereito ao xuíz ordinario predeterminado pola lei, pois estaría predeterminado só provisionalmente ou de xeito condicionado, mentres que a competencia civil estaría suxeita a que non se dese unha condición resolutoria -a realización de actos de violencia-o que depende en última instancia da vontade do autor.**

**Nestas condicións, a reforma proxectada no artigo 38 do anteproxecto vulnera claramente o dereito ao xuíz ordinario predeterminado pola lei (artigo 24. 1 da Constitución).**

E en segundo lugar, téñase en conta que ese artigo 49 bis supón a **perda de competencia**, o que afecta tamén á **inamobilidade xudicial**. O mesmo dá remover o xuíz para privalo do coñecemento do asunto que, sen mover o xuíz, privalo da súa competencia inicial. Por exemplo, un marido descontento coa evolución do proceso xudicial de separación



pode, realizando calquera acto de violencia sobre asúa muller, apartar o xuíz do coñecemento do asunto. E en sentido inverso, a muller pode levar ao foro do xuíz de violencia o asunto civil pola mera interposición dunha denuncia ou a solicitude dunha orde de protección.

Por último, fórmulase que acontece coas causas civís das que coñecería o xuíz de violencia pero que cando inicia as súas actuacións están xa en segunda instancia. En principio no cabería que o xuíz de violencia faga un requirimento de inhibición ningún ao xuíz de primeira instancia por carecer este xuíz de competencia funcional. Aínda así, no novo artigo 49bis 1 e 2 Lei de axuizamento civil refírese ao “xuíz ou tribunal”, polo que esa referencia ao “tribunal” parecería indicar que unha audiencia provincial -órgano de apelación- poderá ser requirida de inhibición despois e deberá inhibirse a favor do xuíz de violencia; pois ben, por chocante que sexa ¿cabe realmente tal posibilidade? e de ser así, ¿significa que o xuíz de violencia poderá revisar o acordado na primeira instancia civil? Estes extremos precisan de aclaración.

#### **d) Xuízos rápidos, xuíces de instrución de garda e xuíces de violencia**

Como se dixo máis arriba, o modelo informado produce evidentes disfuncións. En efecto, é certo que a disposición adicional sexta prevé que, no prazo de seis meses desde a entrada en vigor do anteproxecto informado, o Consello Xeral do Poder Xudicial ditará un regulamento para adecuar os servizos de garda á existencia dos novos xulgados de violencia sobre a muller. Pois ben, xorden cando menos dous problemas que deben solucionarse polo lexislador sen esperar ao desenvolvemento regulamentario que faga este Consello.

En primeiro lugar, o procedemento dos chamados “xuízos rápidos”



(título III do libro IV da Lei de axuízamento criminal) resulta aplicable para a instrución e axuízamento dos «*delitos de lesións, coaccións, ameazas ou violencia física ou psíquica habitual cometidos contra as persoas a que se refire o artigo 173.2 do Código Penal*» [artigo 795.1.2ª,a) Lei de axuízamento criminal]; ademais, o artigo 14.3 da Lei axuízamento criminal prevé que o xuíz de instrución de garda do lugar de comisión do delito dite sentenza de conformidade, nos termos do artigo 801 da Lei de axuízamento criminal. Por outro lado, o artigo 962.1 do mesmo texto dispón o axuízamento inmediato das faltas do artigo 620 do Código Penal sempre que neste último caso o ofendido sexa algunha das persoas a que se refire o artigo 173.2 do mesmo Código. E, por último, non convén esquecer que a tramitación dos mencionados xuízos rápidos por delito e por falta se realiza polo xuíz de instrución en funcións de garda (artigo 797 e ss da Lei de axuízamento criminal e artigo 40.1 do regulamento do CXPX 5/95, sobre aspectos accesorios das actuacións xudiciais).

En segundo termo, o lexislador debe ter presente que o sistema da orde de protección previsto na Lei 27/2003 descansa principalmente na actuación urxente do xulgado de instrución en funcións de garda, o que se encontra directamente relacionado coa necesidade de dar unha resposta áxil e rápida á vítima. Esta constatación necesariamente deberá despregar consecuencias na organización dos xulgados de violencia, sen que este problema quede solucionado co disposto polo artigo 42 do anteproxecto nin polo novo artigo 81.1 e) da Lei orgánica do poder xudicial que o mesmo anteproxecto introduce a través do apartado 3 da súa disposición adicional oitava.

Todo o dito significa que unha parte importante dos procesos neste ámbito que serían competencia dos xuíces de violencia en



realidade serán tramitados polos cauces dos xuízos rápidos por delito e por falta e, polo tanto, polos xulgados de instrución en funcións de garda, o que pode resultar incompatible coa regulación dos xulgados de violencia sobre a muller que prevé o anteproxecto, **polo que hai que concluír que os casos típicos de violencia doméstica se instruirán polo xuíz de garda do lugar de comisión a través desas dilixencias urxentes.**

Tendo en conta os principios de oralidade, concentración e inmediación que rexen hoxe en día no proceso civil, o xuíz que estea coñecendo del non pode inhibirse en favor do xuíz de violencia, pois unha vez iniciadas as sesións do xuízo oral é o único competente para ditar a sentenza, salvo que perda eficacia todo o actuado, coa conseguinte dilación indebida. O que si que é certo é que para nada se prevé que o xuíz de violencia se constitúa en permanente garda por moita adecuación que deba facerse a teor da disposición adicional sexta, co que -salvo que se opte por unha política de ilimitada creación destes novos órganos-, ¿de que serven as especialidades da lei neses casos se a competencia non vai ser do xuíz de violencia?

Tamén presenta problemas a comparecencia que se prevé no apartado 2º do novo artigo 49 bis (artigo 38 do anteproxecto), onde o xuíz queda convertido nun mero espectador e, en todo caso, garante dunhas determinadas formalidades procesuais, sen ter que adoptar decisión ningunha ao respecto. Se, como se anunciou, se pretende no marco da reforma xudicial dar maiores competencias ao Ministerio Fiscal, parece máis razoable que a comparecencia se realice directamente ante el para que, nos prazos que prudencialmente se fixen, en calquera caso breves, adopte a correspondente decisión para denunciar os actos de violencia ou para solicitar a orde de protección.



Ademais, ese novo artigo 49 bis2 da Lei de axuizamento civil di que o xuíz civil que teña coñecemento dun caso de violencia contra a muller, deducible dos asuntos que coñeza, poñerá en coñecemento do fiscal «tras a que o fiscal de maneira inmediata haberá de decidir se denuncia nas 24 horas seguintes os actos de violencia sobre a muller ou se solicita a orde de protección ante o xulgado de violencia sobre a muller que resulte competente». Se é de “maneira inmediata” –sen tempo para pensar- ¿que sentido ten dicirle ao fiscal que inmediatamente debe decidir o que vai facer nas 24 horas seguintes?

No mesmo precepto derrógase o réxime xeral das cuestións de competencias entre xuíces e tribunais da orde civil, en concreto para non dar audiencia ás partes e ao Ministerio Fiscal, o que pode dar lugar a situacións de indefensión contrarias ao artigo 24.1 da Constitución con independencia de que, por razóns de urxencia, se poida entender que puntualmente sexa necesario asumir a competencia en determinadas materias do ámbito da lei, aínda que posibilitando neste caso o correspondente recurso ou obrigando ao xuíz a unha posterior ratificación da medida, previa audiencia das partes.

#### **e) A competencia territorial penal en función do domicilio da vítima**

Prodúcese unha alteración substancial dos criterios de atribución de competencia en materia penal. Como é ben sabido, o foro preferente, segundo o artigo 14 da Lei de axuizamento criminal, é o do lugar de comisión do delito, por entender que é alí onde se produciu a ruptura da convivencia social e é máis fácil a persecución do feito criminal. É certo que o artigo 15 menciona outros foros alternativos, pero non o do lugar de domicilio da vítima, criterio competencial absolutamente novidoso que se introduce no artigo 39 do anteproxecto ao sumar un novo artigo 15 bis á Lei de axuizamento criminal.





Hai que ter en conta que a fixación da competencia territorial en función do lugar de comisión do delito ten unha explicación dogmática clara e só no seu defecto poden arbitrarse outros foros subsidiarios. O principio de territorialidade determina o ámbito espacial de aplicación da norma penal. É recoñecido universalmente que o Estado en cuxo espazo de soberanía se cometeu o delito posúe o poder punitivo e o principio de territorialidade non é discutido. Por iso, mesmo dentro do propio Estado, o criterio territorial de comisión do delito é o criterio preferente para a atribución da competencia.

É claro que antes de determinar o foro interno o delito debeu cometerse en España. E determinado o poder punitivo do Estado, as regras de distribución interna da competencia poden combinar diversos factores. Ata agora a Lei de axuizamento criminal utilizou como foro preferente o do lugar de comisión do delito (*forum delicti commissi*) sobre a base de que é no lugar no que se comete o feito onde se produce a maior proximidade entre o feito e o proceso, facilitándose a investigación en canto será nese lugar onde se encontrarán con maior facilidade as fontes de proba. A investigación a distancia é máis complicada (recollida de vestixios do feito, declaracións das testemuñas do lugar, etc.). E o que podería supoñer un favorecemento da vítima, pode supoñer unha carga excesiva para terceiros, como por exemplo as testemuñas de residentes no lugar do feito que deberán desprazarse ao partido xudicial do domicilio da vítima para prestar o debido testemuño.

Ademais, o lugar de comisión é inalterable por vontade das partes. O feito cométese onde ten efectivamente lugar. Pola contra, determinar a competencia en función do domicilio da vítima é alterable pola vontade dela. E se inicialmente ten como finalidade favorecer a proximidade da vítima ao órgano iso é a custa da distancia entre o órgano e o feito.



Ademais, un mero cambio de domicilio da vítima frustraría a finalidade da norma.

#### **f) Da competencia por conexión**

No artigo 40 do anteproxecto engádese un novo artigo 17 bis á Lei de axuízamento criminal para estender a competencia dos xulgados de violencia sobre a muller aos delitos e faltas conexas sempre que a conexión teña a súa orixe nalgún dos supostos previstos nos números 3 e 4 do artigo 17, é dicir, os cometidos como medio para perpetrar outros ou facilitar a súa execución e os cometidos para provocar a impiedade doutros delitos.

Con esta previsión, por unha parte, poden quedar fóra da competencia dos xulgados de violencia sobre a muller algúns delitos conexas que indubidablemente poden tamén producirse no ámbito da lei especial e por outro, deixan fóra de forma notoria os supostos do núm. 5 do mesmo artigo 17.

#### **g) Protocolos elaborados pola Comisión de seguimento da orde de protección**

Como se sabe, a raíz da Lei 27/2003 (disposición adicional segunda) constituíuse unha Comisión de seguimento o pasado 22 de xullo de 2003, instancia na que participan este Consello, así como a Fiscalía Xeral do Estado, os ministerios afectados, comunidades autónomas, a Federación Española de Municipios e Provincias, avogados e procuradores.

A raíz do seu traballo elaboráronse numerosos protocolos, de forma que debería barallarse a posibilidade de que o contido dalgúns deses instrumentos, así como outras ideas e suxestións, se



incorporen ao anteproxecto, dándolles un valor normativo que as faría máis eficaces. Pero en todo caso, e como se dixo con insistencia, sobre o novo réxime establecido pola Lei 27/2003 superponse outro novo en curto espazo de tempo, co claro risco de solapamento e de confusión procesual se se compara a actuación desta comisión coas funcións do novo Observatorio (cfr. artigo 25.1 do texto informado)

#### **h) Publicidade vexatoria e competencia do xuíz de violencia**

Dentro da vocación integral do texto informado, modifícase a Lei xeral de publicidade. No apartado VII deste informe analizaranse estes aspectos e moi especialmente todo o relativo á sorpresiva atribución de competencia a estes xulgados de violencia -non se esqueza que son unha especialidade da orde penal- para coñecer tamén as accións de cesamento da publicidade vexatoria, de clara connotación civil e pouca relación coa violencia sobre a muller.

#### **5. Sobre a lexitimación procesual da Delegación do Goberno contra a violencia sobre a muller**

Sobre este órgano só cabe informar respecto do artigo 24. 2 en canto que prevé que «estará lexitimada ante os órganos xudiciais para intervir en defensa dos dereitos e dos intereses tutelados nesta lei».

É evidente que se dita a delegación un órgano da Administración Central do Estado non se configura como un organismo público dotado de personalidade xurídica propia, polo que non cabe que teña lexitimación procesual ningunha en canto que carece de capacidade procesual. Polo tanto, para que estea lexitimada debe crearse expresamente como organismo público contra quen estará lexitimada será a propia Administración Central.

De novo, e na epígrafe VII do presente informe, volverase sobre



esta lexitimación, así como sobre a dos servizos sociais a teor do artigo 14.

## 6. Sobre as funcións do Ministerio Fiscal

O anteproxecto crea o fiscal contra a violencia sobre a muller, encargado da supervisión e coordinación do Ministerio Fiscal neste aspecto, así como mediante a creación dunha sección equivalente en cada fiscalía dos tribunais superiores de xustiza e das audiencias provinciais ás que se adscribirán fiscais con especialización na materia. Os fiscais intervirán nos procedementos penais polos feitos constitutivos de delitos ou faltas cuxa competencia estea atribuída ao xulgados contra a violencia sobre a muller, ademais de intervir nos procesos civís de nulidade, separación ou divorcio, ou que versen sobre a garda e custodia dos fillos menores nos que se aleguen malos tratos do cónxuxe aos fillos.

Como antecedente hai que citar a Circular 1/1998, sobre a intervención do *Ministerio Fiscal na persecución dos malos tratos no ámbito doméstico e familiar*, pola que se creou en cada fiscalía o servizo de violencia familiar para o seguimento e atención das causas desta natureza.

Como se fixo notar máis arriba, o papel que se atribúe ao Ministerio Fiscal non é en si especialmente novidoso pois, á marxe de que se mantivese o artigo 1.2 na súa integridade, entende este consello que antes de crear unha nova categoría de órganos unipersonais debería basearse o peso da tutela xudicial integral na existencia xa de instancias que poden e deben asumir unha función coordinadora. É o caso do Ministerio Fiscal. **Resulta chocante que despois de anunciarse un futuro protagonismo do Ministerio Fiscal na reforma da xustiza, na memoria económica prevese que o gasto para tal**



**Ministerio será cero, polo que toda a súa actuación se baseará nun fiscal delegado e na creación de seccións nas fiscalías xa existentes. Pola contra, será a organización xudicial a que crecerá de forma que, como xa se anunciou, unha vez máis todo dependerá dos xuíces.**

En definitiva, debe potenciarse aínda máis o Ministerio Fiscal como instrumento de seguimento das diferentes causas tanto penais como civís nun mesmo ámbito doméstico. Neste sentido é contradictorio que o artigo 50 do anteproxecto prevexa que o Fiscal Xeral do Estado nomeará, como delegado, un Fiscal contra a violencia sobre a muller e que este delegado interveña non en todas as causas penais, senón só *«naqueles procesos penais de especial transcendencia apreciada polo Fiscal Xeral do Estado»* [artigo 18 quater 1 a) do Estatuto orgánico do Ministerio Fiscal], mentres que para as causas civís -teoricamente supeditadas ás penais- intervén sempre [artigo 18 quater 1 b) do Estatuto].

En segundo lugar, e se é que a potenciación do fiscal non produce resultados positivos, máis que pola creación de novos órganos debe apostarse, como xa se dixo, pola especialización funcional dos órganos xa existentes e unha vez solicitada a experiencia sobre a incidencia da lei e sobre todo, sobre a incidencia das reformas procesuais, decidir a medio prazo se é aconsellable crear ou non un novo tipo de xulgados. O que non pode facerse é crear primeiro un órgano que presumiblemente vai potenciar os litixios.

## VI

### OBSERVATORIO NACIONAL DE VIOLENCIA SOBRE A MULLER



## E FORMACIÓN DE XUÍCES E MAXISTRADOS

### 1. Observatorio Nacional de Violencia sobre a Muller

O artigo 25 prevé, dentro da tutela institucional, a creación do Observatorio Nacional de Violencia sobre a Muller. Ao respecto debemos chamar a atención sobre a existencia do Observatorio contra a Violencia Doméstica e de Xénero, xa creado como consecuencia do convenio asinado o 26 de setembro de 2002 polo Consello Xeral do Poder Xudicial e os Ministerios de Xustiza e de Traballo e Asuntos Sociais, para o tratamento da violencia doméstica e de xénero no ámbito da Administración de Xustiza.

Este Observatorio creouse co obxectivo de dotar de efectividade as actuacións que cada unha das tres institucións por separado desenvolvían na materia, ampliándose a súa composición ás comunidades autónomas con competencias en materia de xustiza e á Fiscalía Xeral do Estado, cumprindo así co principio constitucional de coordinación administrativa na defensa, garantía e protección dos dereitos fundamentais dos cidadáns. Desde a súa creación, o Observatorio realizou un importante labor.

As actividades máis importantes desenvolvidas polo Observatorio son, entre outras, as seguintes:

1ª O traballo de investigación de seguimento das sentenzas e resolucións xudiciais ditadas polos xuíces, co fin de coñecer de que forma se aplican as leis que as cámaras lexislativas aproban e para avaliar a eficacia das reformas lexislativas.

2ª Creación dun Rexistro central para a protección das vítimas



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

da violencia doméstica, incluído na Lei 27/2003, do 31 de xullo, reguladora da orde de protección e aprobado polo Real decreto 355/2004.

3ª Reunións do Observatorio con colectivos e asociacións implicados na materia.

4ª Traballos de divulgación, especialmente entre xuíces, fiscais, avogados, procuradores, administracións públicas, universidades, asociacións, valedor do pobo, servizos sociais, etc.

5ª Creación da comisión de seguimento da orde de protección integrada por representantes do Consello Xeral do Poder Xudicial, Ministerio de Xustiza, Ministerio de Traballo e Asuntos Sociais, Fiscalía Xeral do Estado, comunidades autónomas con competencias en materia de xustiza, representantes de colexios profesionais no ámbito da xustiza e da Federación de Municipios e Provincias, con competencias para a elaboración de protocolos de alcance xeral para a implantación da orde de protección e de instrumentos axeitados para a coordinación entre xuíces e tribunais e Administracións Públicas. 6) Formación de xuíces e maxistrados, despois de celebrarse no ano 2003 un congreso e tres cursos e no ano 2004 un seminario.

Este Consello Xeral do Poder Xudicial considera oportuna a supervivencia do Observatorio xa existente, dado que os ámbitos de actuación non teñen por que solaparse, pois o xa creado non avalía a violencia sobre a muller no ámbito educativo, laboral e funcional, cinguíndose ao da Administración de Xustiza, ocupándose da recollida de datos en relación coa actividade xudicial, elaborando estadísticas e ocupándose da formación específica de xuíces e maxistrados, sen



prexuízo do establecemento de fórmulas de cooperación entre ambos os dous.

Poderíase producir unha confusión ao utilizar a mesma denominación, pero o certo é que na Comunidade Autónoma de Madrid xa existe outro Observatorio sobre violencia doméstica, sen que ata o momento existise ningún conflito ou solapamento de funcións.

En consecuencia, suxírese que o artigo 25 se traslade á sede de disposicións adicionais cun contido que faga referencia ao Observatorio xa existente e ás oportunas medidas de coordinación que se entendan pertinentes.

## **2. Formación de xuíces e maxistrados**

O artigo 36 introduce unha previsión inadecuada para o texto informado en canto que a formación de xuíces e maxistrados, por afectar ao seu estatuto profesional, é materia que debe reservarse á Lei orgánica do poder xudicial, especialmente tras a súa reforma pola LO 19/2003, en particular os artigos 307 e 433 bis.

Pero é que, ademais, resulta inapropiado que se prevexa que tanto este Consello coma o Goberno e as comunidades autónomas (suponse que estas dúas instancias respecto do persoal ao servizo da Administración de Xustiza e dos forenses, se ben nada se di dos secretarios xudiciais) deban asegurar que os xuíces e maxistrados teñan unha formación específica relativa á igualdade e á non discriminación por razón de sexo, é dicir, unha formación sobre o artigo 14 da Constitución. Abonda achegarse ao programa de oposicións para o ingreso na carreira xudicial, ao programa docente da escola xudicial





CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

aprobado por unanimidade por este Consello como aos diversos cursos dos plans de formación continua -tamén aprobados por unanimidade- para deducir que isto hai anos que se vén facendo.

En consecuencia, é máis aconsellable que este artigo 36, polo menos no que fai a xuíces e maxistrados, se leve á sede de disposicións adicionais co contido de que o Consello Xeral do Poder Xudicial, de conformidade cos citados artigos da Lei orgánica do poder xudicial, seguirá impulsando nos plans de formación a organización de actividades referentes á violencia doméstica en xeral e sobre a muller en particular, así como sobre a igualdade.

## VII

### **BREVE ANÁLISE DOUTRAS MEDIDAS PROPOSTAS**

Abórdanse aqueloutras cuestións que afectan a potestade de informe do Consello en canto que se refiren a «normas procesuais ou que afecten a aspectos xurídico-constitucionais da tutela ante os tribunais ordinarios do exercicio de dereitos fundamentais» [artigo 1081. e) da Lei orgánica do poder xudicial].

#### **1. Medidas de sensibilización: a publicidade e os medios de comunicación**

O anteproxecto modifica a Lei 34/1988, do 11 de novembro, xeral de publicidade, co fin de introducir un maior respecto á dignidade das mulleres e á igualdade entre homes e mulleres e o seu dereito a unha imaxe non estereotipada nin discriminatoria, tanto se se exhibe nos medios de comunicación públicos coma privados, tal e como se recolle



na exposición de motivos do anteproxecto. Igualmente, configura a acción de cesamento ou rectificación da publicidade, estando lexitimados para iso as institucións e asociacións que traballan en favor da igualdade.

No artigo 7 do anteproxecto considérase ilícita a utilización da imaxe da muller como obxecto de publicidade con carácter vexatorio ou discriminatorio. Ao respecto hai que dicir que xa o actual artigo 3 da Lei xeral de publicidade, na súa letra a), considera ilícita *«a publicidade que atente contra a dignidade da persoa ou vulnere os valores e dereitos recoñecidos na Constitución, especialmente no que se refire á infancia, á xuventude e á muller»*. **Polo tanto, a medida de sensibilización prevista no precepto que comentamos xa existía no noso ordenamento xurídico, e non só pola xeral protección da dignidade de calquera persoa, considerando ilícita a publicidade que atente contra ela, senón tamén de forma especial ao aludir a muller. Por todo iso, nun principio este precepto non achega nada especial á especial protección que en materia de publicidade xa se dispensaba á muller.**

Non obstante, a **Disposición Final Cuarta, Unha**, modifica expresamente o artigo 3 letra a) da Lei xeral de publicidade para adaptalo ao contido do artigo 7 do anteproxecto. A diferenza é que agora existe unha especial referencia aos valores e dereitos recoñecidos nos artigos 18 e 20. 4, da Constitución Española. Con iso refórzanse os dereitos do artigo 18, o que non quere dicir que non se siga considerando como ilícita a publicidade que atente contra o resto de valores e dereitos recoñecidos constitucionalmente e, aínda sendo importante a mención ao artigo 20. 4, moi ben podería prescindirse dela, toda vez que por ser unha norma constitucional se encontra na cúspide do ordenamento xurídico, vincula os poderes públicos e particulares e



é reiterada a xurisprudencia constitucional que se referiu a el á hora de establecer o límite ás liberdades recoñecidas no artigo 20.

No mesmo artigo 3, letra a) da Lei xeral de publicidade introdúcese un segundo parágrafo que a xeito de explicación considera incluídos na previsión anterior «*os anuncios que presenten de forma particular e directa o corpo da muller en forma vexatoria ou a súa imaxe asociada a comportamentos estereotipados que impliquen discriminación*». Desde a lóxica xurídica, e atendendo a unha interpretación *secundum constitutionem* dos preceptos anteriormente citados, podería sobrar este segundo parágrafo, pois a utilización do corpo ou da imaxe da muller de forma vexatoria sempre atenta contra a súa dignidade. Non obstante, pode contribuír a aclarar o precepto, en especial cando o seu corpo ou imaxe aparece asociada a comportamentos estereotipados que impliquen discriminación. Con todo, e fronte á anterior redacción da norma, é criticable que se exclúise a expresa protección que se concedía en materia de publicidade á infancia e á xuventude.

No artigo 8 do anteproxecto recoñécese a lexitimación activa para solicitar o cesamento ou a rectificación da publicidade ilícita por utilizar en forma vexatoria ou discriminatoria a imaxe da muller á Delegación de Goberno contra a violencia contra a muller, o Instituto da Muller e as asociacións de consumidores e usuarios e as que teñan como obxectivo único a defensa dos intereses da muller. En canto á Delegación de Goberno remitímonos ao dito máis arriba, o que se confirma á vista da expresa lexitimación do Instituto da Muller, que si é organismo autónomo.

O precepto complétase co establecido na **Disposición Adicional Cuarta, Dúas**, pola que se modifica a Lei xeral de publicidade e adiciona un novo apartado 1 bis) no artigo 25 da Lei xeral de publicidade.



Á parte de non entenderse moi ben por que se fai necesario que no texto dunha lei se anticipe a unha determinada forma de lexitimación activa cando máis adiante se vai modificar realmente a norma na que se regula a materia esa forma de lexitimación, o precepto non merece maior comentario en canto que responde ao establecido na Lei xeral de publicidade en relación coas directivas comunitarias que se ocuparon das accións de cesamento e que deron lugar á promulgación da Lei 39/2002, do 28 de outubro, de transposición ao ordenamento xurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de consumidores e usuarios que modificou os artigos 25 e 26 e engadiu un novo artigo 29 á Lei 34/1988.

Realmente estes preceptos xa permitían a lexitimación activa para solicitar do anunciante o cesamento ou rectificación da publicidade considerada ilícita, non só ás persoas naturais ou xurídicas afectadas, senón en xeral aos que teñan un dereito subxectivo ou un interese lexítimo e, cando a publicidade ilícita afecte a intereses colectivos ou difusos, poden solicitar o cesamento ou a rectificación ao Instituto Nacional de Consumo e aos órganos correspondentes das comunidades autónomas e corporacións locais, asociacións de consumidores e usuarios legalmente constituídas, entidades doutros estados membros da comunidade europea que cumpran os requisitos do artigo 29 da lei e, en xeral, os titulares dun dereito ou un interese lexítimo. Non obstante, pola importancia procesual que ten a perfecta determinación da lexitimación activa, pode ser conveniente a introdución no precepto, para aqueles casos para os que a publicidade sexa ilícita por afectar a imaxe da muller, dos organismos e entidades aos que facemos referencia, aínda que sistematicamente sería máis correcto non introducir un novo apartado 1 bis), senón numerar o precepto como número 3, quedando o actual 3 como número 4.



Na **Disposición Final Cuarta, Tres**, súmase unha disposición adicional á Lei xeral de publicidade, cuxo primeiro parágrafo sobra desde o momento en que se limita a dicir que a acción de cesamento se exercerá na forma prevista nos artigos 26 e 29 da Lei xeral de publicidade agás na materia de lexitimación que terán as persoas e as institucións a que se refire o artigo 25.1bis), introducido polo anteproxecto de lei que comentamos, o cal é evidente e xa está recollido nos correspondentes preceptos.

**Máis transcendencia ten o segundo parágrafo, que atribúe a competencia para coñecer estas accións de cesamento aos xulgados de violencia, atribución competencial que non ten moito sentido dada a particular materia da que se verán obrigados a coñecer e que non garda relación ningunha coa idea de que uns mesmos xuíces coñezan toda a problemática civil e penal que se pode formular en relación coa violencia sobre unha mesma muller e no mesmo ámbito. En efecto, a publicidade denigrante para a muller serao sempre con carácter xeral e non referida a unha muller concreta nin vítima de concretos actos de violencia, co que o obxecto de protección nestes casos é sempre difuso: precisamente por iso lexitímase activamente para o exercicio das accións aos colectivos aos que antes fixemos referencia. Ademais, sendo estes xulgados unha especialidade da orde penal, a idea de que con tales previsións se “criminaliza” tamén esta publicidade e só para a muller afonda nas ideas xa analizadas de indebida concepción da discriminación positiva e de que se está ante unha xurisdición especial por razón do sexo.**

O artigo 9 do anteproxecto establece que os medios de comunicación de titularidade pública velarán pola protección e



salvagarda da igualdade entre home e muller e evitarán toda discriminación ilícita entre eles. Se se parte do principio de que o que se pretende é unha protección integral da muller, defendendo ata as súas últimas consecuencias a súa dignidade e igualdade e prohibindo calquera forma de discriminación, tal e como se recoñece na nosa Constitución e nos tratados internacionais ratificados por España; Ademais, os preceptos constitucionais e o resto do ordenamento vinculan a todos os cidadáns e os poderes públicos, **non só os medios de titularidade pública, senón tamén os de titularidade privada deben velar pola protección e salvagarda da igualdade entre o home e a muller.**

É certo que, por exemplo, o estatuto da radio e a televisión, aprobado pola Lei 4/1980, do 10 de xaneiro, obriga os medios de comunicación social do Estado a respectar a honra, a fama, a vida privada das persoas e cantos dereitos e liberdades recoñece a Constitución e o respecto dos valores de igualdade recollidos no artigo 14 da Constitución e a exposición de motivos da propia lei ao referirse á radiodifusión e á televisión como un servizo público esencial cuxa titularidade corresponde ao Estado considéraos como un medio capital para contribuír a que a liberdade e a igualdade sexan reais e efectivas, con especial atención á protección dos marxinados e á non discriminación da muller. En termos parecidos maniféstase o artigo 5 da Lei 46/1983, do 26 de decembro, reguladora da terceira canle de televisión en cada comunidade autónoma. Por outra parte, a Lei 25/1994, do 12 de xullo, incorpora ao ordenamento xurídico español a directiva 89/552/CEE, sobre a coordinación das disposicións legais, regulamentarias e administrativas dos estados membros relativos ao exercicio de actividades de radiodifusión televisiva e no seu artigo 9 considera ilícita a publicidade que atente contra o debido respecto á dignidade humana ou discrimine por calquera motivo, incluído o sexo.



## **2. Sobre a asistencia social e a asistencia xurídica gratuíta**

### **a) Lexitimación penal de determinados servizos sociais**

O artigo 14 establece unha **lexitimación especial dos servizos sociais de atención, de emerxencia, de apoio e de recuperación integral da muller, para solicitar do xuíz as medidas urxentes que considere necesarias.**

Non debe confundirse a posibilidade de que os servizos sociais poñan en coñecemento do xuíz a situación detectada e a necesidade de adoptar medidas con carácter urxente coa lexitimación, en sentido procesual, para a solicitude das medidas. De novo estamos ante órganos e non organismos ou entidades carentes de personalidade e, polo tanto, de capacidade procesual. A Lei 27/2003, do 31 de xullo, dispuxera no artigo 2.2 que a orde de protección será acordada polo xuíz de oficio ou a instancia da vítima ou persoa que teña con ela algunha das relacións indicadas no apartado anterior, ou do Ministerio Fiscal. E sen prexuízo do deber xeral de denuncia previsto no artigo 262 da Lei de axuizamento criminal, as entidades ou organismos asistenciais, públicos ou privados, que tivese coñecemento dalgún dos feitos mencionados no apartado anterior deberán poñelos inmediatamente en coñecemento do xuíz de garda ou do Ministerio Fiscal co fin de que se poida incoar ou instar o procedemento para a adopción da orde de protección.

Ademais, parece suficiente a participación dos servizos sociais que xa contempla a citada lei, que reconece a posibilidade de que a orde de protección poida solicitarse ante os servizos sociais ou institucións asistenciais dependentes das administracións públicas e de que os



servizos sociais e as institucións referidas anteriormente faciliten ás vítimas da violencia doméstica ás que houberen de prestar asistencia a solicitude da orde de protección, poñendo á súa disposición con esta finalidade información, formularios e, se é o caso, canles de comunicación telemáticos coa Administración de Xustiza e o Ministerio Fiscal.

En suma, a solicitude corresponde á vítima ou ás persoas destinatarias das medidas de protección, sen prexuízo da colaboración dos servizos sociais. Pero non se encontra unha xustificación razoable para que a lei atribúa aos servizos sociais lexitimación para solicitar do xuíz as medidas urxentes.

Por exemplo, o artigo 21 da Lei 16/03, do 8 de abril, de prevención e protección integral das mulleres contra a violencia de xénero das Canarias atribúe máis axeitadamente aos servizos sociais a función de denunciar ante as autoridades competentes as situacións de violencia de que tivesen coñecemento, logo da conformidade da vítima e de colaborar coas autoridades competentes na adopción de medidas asistenciais que teñan por obxecto a protección da vítima ante futuras situacións de violencia de xénero ou a achega de medios probatorios relacionados coa comisión de actos de violencia.

#### **b) Asistencia xurídica gratuíta**

O artigo 15 debe poñerse en relación coa Lei 1/96, do 10 de xaneiro, de asistencia xurídica gratuíta e dos regulamentos de desenvolvemento ditados no ámbito estatal e autonómico. Non obstante, sería conveniente para manter a unidade e a coherencia do ordenamento xurídico que se reformase a citada Lei 1/96, incorporando o artigo 15, pois non é aconsellable que a vontade “integral” se predique





da lei informada a custa de perder o seu carácter integral aqueloutras leis especiais que regulan materias tamén reguladas no texto informado.

En todo caso, o texto informado supón un importante paso, se ben sería conveniente que se estenda a asistencia xurídica gratuíta tamén á información previa a calquera actuación procesual, a través dos convenios que sexan procedentes cos colexios profesionais e coas administracións autonómicas. Do mesmo modo, debe completarse o precepto cunha referencia ao artigo 21 da Lei 1/96 xa que, concretamente nestes casos de violencia sobre a muller, é onde máis xustificado está que o órgano xudicial asegure de forma inmediata os dereitos de defensa e representación non só do denunciado, senón tamén da vítima e, polo tanto, en atención ás circunstancias e á urxencia do caso, debe dítarse unha resolución motivada requirindo dos colexios profesionais o nomeamento provisional de avogado e de procurador, tramitándose a continuación a solicitude segundo o previsto na lei.

### **3. Dereitos laborais e prestacións da Seguridade Social**

O artigo 16 do anteproxecto enumera unha serie de dereitos laborais e de seguridade social que provocan a modificación do Estatuto dos Traballadores e da Lei xeral da seguridade social nas disposicións finais quinta e sexta. Sen prexuízo dos comentarios que se farán a estas disposicións penais, o artigo 16.3 considera como xustificadas as ausencias do traballo motivadas pola situación física ou psicolóxica derivada da violencia sobre a muller cando así o determinen os servizos sociais de atención. Este precepto debe poñerse en relación co artigo 54.2 a) do mesmo Estatuto dos Traballadores para os efectos do despido disciplinario e co artigo 5, relativo aos deberes básicos dos traballadores.



A propósito destes extremos o artigo 18 permite acreditar a situación de violencia sobre as traballadoras -para os efectos previstos no capítulo relativo a dereitos laborais e prestacións da Seguridade Social- achegando a orde de protección ou, no seu defecto, o informe do Ministerio Fiscal que indique a existencia de indicios de que a demandante é vítima de violencia sobre a muller. Esta orde, tal e como se viu, pode ser ditada polo xuíz de violencia ou polo de instrución en funcións de garda e sobre isto hai que advertir, tal e como xa se fixo antes, que se o texto informado encerra riscos de instrumentalizar a vía penal con miras a litixios civís, con estas previsións tamén hai que entender que ese risco alcanza, ademais, o ámbito das relacións laborais. En canto a que estas previsións se refiran só á muller traballadora, remitímonos ao exposto sobre o ámbito de aplicación da lei. En todo caso, poderase alegar que esta posibilidade xa existe coa Lei 27/2003, de aí que se aconsellara non xerar máis confusión procesual co texto informado -que acentúa eses riscos- e estar a unha maior e máis detida avaliación do réxime da orde de protección antes que estendelo.

Por outra parte, a disposición final quinta modifica algúns artigos da Lei do Estatuto dos Traballadores para facer efectivos os dereitos laborais e de Seguridade Social antes anunciados, polo que dalgunha forma o contido dos apartados 1 e 2 do artigo 16 do anteproxecto non ten moito sentido.

Estas medidas poden contribuír a protexer eficazmente as vítimas desta forma de violencia; non obstante, convén precisar que a causa de extinción do contrato de traballo que agora se introduce na letra m) do apartado 1º do artigo 49 do Estatuto dos Traballadores non deixa de ser unha forma de extinción por vontade do traballador coa especialidade, fronte ao previsto na letra d), de que aquí existe unha causa de forza



maior e ademais non é necesario o aviso previo que sinalan os convenios colectivos ou o costume do lugar.

Na disposición final sexta modifícase a Lei xeral da seguridade social para considerar que o período de suspensión do contrato de traballo con reserva do posto terá a consideración de período de cotización efectiva para os efectos das correspondentes prestacións da Seguridade Social. Debe entenderse -pola modificación da letra e) do apartado 1.1 e pola modificación do apartado 1.2 do artigo 208 da Lei xeral da seguridade social- que estas traballadoras afectadas pola situación de violencia se encontrarán en situación legal de desemprego para todos os efectos e obterán as correspondentes prestacións, sen prexuízo do que poida resultar do programa de acción específico que, no marco do Plan de emprego do Reino de España, prevé o artigo 17 do anteproxecto.

#### **4. Dereitos das funcionarias públicas obxecto de violencia**

Facilítanse os dereitos de traslado, excedencia voluntaria e adaptación do tempo de traballo das funcionarias públicas afectadas por violencia sobre a súa persoa. As normas que se conteñen nos artigos 19 a 21 complétanse coa disposición final sétima, que modifica a Lei 30/84, de medidas para a reforma da función pública.

Ao respecto unicamente convén chamar a atención sobre o feito de que a disposición final citada no seu punto tres engade unha nova letra e) no artigo 29.3 da Lei 30/84 para conceder a excedencia voluntaria por interese particular ás funcionarias públicas vítimas de violencia sobre a muller cando talvez, e desde un punto de vista sistemático, fose máis conveniente regulalo como un número



distinto, dadas as especiais características desta forma de excedencia que non queda sometida a prazo de permanencia e que durante os seis primeiros meses dá dereito á reserva do posto de traballo, do mesmo modo que se regula nun número aparte o apartado 4 do artigo 29, a excedencia por coidado de fillos.

Polo demais, e en canto aos efectos das resolucións penais que se diten ao abeiro da lei informada e a que o beneficio destas posibilidades sexa só para a muller funcionaria, só cabe remitirse ao xa exposto no anterior apartado.

## VIII

### CONCLUSIÓNS

A teor de todo o exposto, as principais conclusións ás que chega o Consello Xeral do Poder Xudicial son as seguintes:

- 1ª A gravidade do fenómeno da violencia doméstica en xeral, especialmente intenso no caso das mulleres, merece o esforzo de que a reacción do estado de dereito sexa o máis enérxica e eficaz posible, de aí que habería que dar a benvinda a unha iniciativa máis, como a informada, se é que axuda a perfeccionar xuridicamente esa reacción. Non obstante, hai dúbidas máis que fundadas de que se vaia achegar máis racionalidade e eficacia ao sistema.
- 2ª O texto informado forma parte dun conxunto de iniciativas legais desenvolvidas nos últimos anos - en especial na anterior lexislatura- tanto estatais como autonómicas, en cuxo ámbito xa hai leis integrais e máis en concreto normas de protección, como é a orde de protección creada pola Lei 27/2003 (§ IV. 1).



- 3ª Nace nun contexto no que a protección da vítima da violencia doméstica é un dos obxectivos principais da política criminal, polo que non nace nun escenario de escaseza de medidas, senón dunha pluralidade de iniciativas legislativas xa en vigor, pero que polo seu curto espazo de vixencia non permite aínda valorar a súa eficacia real para combater o fenómeno social da violencia doméstica [§ V. 2. a)].
- 4ª Especialmente preocupante é que cando é aínda moi recente a implantación do réxime da orde de protección (Lei 27/2003) engádase agora un réxime paralelo que pode xerar solapamentos, confusión procesual e interferencias competenciais. Antes de abordarse unha iniciativa como a informada debería esperarse a unha avaliación máis detallada do réxime da Lei 27/2003.
- 5ª Malia o seu carácter integral ante un problema social de primeira magnitude, diverso nas súas causas e manifestacións, opta por unha marcada xudicialización das solucións (§ IV. 1).
- 6ª Non se xulga acertado que regule só a violencia sobre a muller: unha lei integral debe abarcar todos os ámbitos nos que se manifesta a violencia doméstica (§ IV. 2).
- 7ª A muller non obtén maior protección polo feito de que a lei a protexa tan só a ela, excluindo de seu ámbito a menores, anciáns ou mesmo ao home [§ IV. 2. c)].
- 8ª A chamada discriminación positiva levada ao ámbito penal e xudicial conduce á censurable discriminación negativa. Nestes



ámbitos pártese de situacións de igualdade: nada engade á tutela xudicial da muller o feito de excluír os homes da tutela dos xulgados de violencia sobre a muller (§ IV. 3).

- 9ª Non é aceptable un concepto de violencia sobre a muller -do que depende toda a aplicación da lei- baseado na intencionalidade do agresor (§ V.1).
- 10ª É obxectable constitucionalmente que pasen a delito as ameazas e coaccións leves só cando o ofendido sexa muller [§ V. 2 d)].
- 11ª Que eses delitos se baseen tan só en que o agresor sexa home e presumíndose na lei a súa intencionalidade leva ao dereito penal de autor, incompatible coa Constitución [§ V. 2 d)].
- 12ª O tipo agravado de lesións baséase na presunción de inferioridade da muller, sen que tal regra se aplique a menores, anciáns ou minusválidos, todos eles susceptibles tamén de ser vítimas de violencia doméstica [§ V. 2 e)].
- 13ª É positivo que se vaia a unha especialización maior nos órganos xudiciais sempre que o seu obxecto sexa coñecer de todo o fenómeno da violencia doméstica (§ V. 3).
- 14ª Carece de xustificación crear unha nova categoría de xulgados só para mulleres, o que leva a unha sorte de xurisdición especial baseada na intención do agresor e no sexo da vítima. Se os órganos xudiciais non poden crearse por razóns de raza, ideoloxía, crenzas, tampouco poden selo por razóns de sexo (§ V. 3).
- 15ª Antes que crearse xulgados de violencia sobre a muller debe



procurarse a especialización funcional dos xa existentes, así como aproveitar a coordinación potenciando o Ministerio Fiscal e os instrumentos procesuais xa existentes (§ V. 3 e 6).

- 16ª A inserción dos xulgados de violencia sobre a muller na orde penal leva a “criminalizar” as causas civís que se lles atribúe, así como a potenciar o risco de que sexan instrumentalizados. Se isto xa se detecta coa vixente lei 27/2003 sería máis prudente avaliar aínda máis a aplicación desta lei antes que crear un novo sistema paralelo que aumenta ese risco (§ V. 4).
- 17ª Carece de sentido procesual atribuír a eses órganos insertados na orde penal a competencia para coñecer de accións civís contra a publicidade vexatoria, aspecto alleo á violencia sobre a muller [§ V. 4. h)].
- 18ª As regras de competencia non poden basearse no sexo da vítima nin na intención do agresor. De ser así chegarase a situacións absurdas en que un mesmo feito, cuns mesmos suxeitos, pode ser competencia de órganos diferentes por esa intencionalidade, o que se apreciará sempre ao final e non ao inicio das actuacións (§ V. 4).
- 19ª O dereito constitucional ao xuíz ordinario predeterminado pola lei queda comprometido desde o momento en que queda a mercé da muller a elección do xuíz competente en función de que acuda ás medidas de protección que o texto lle ofrece [§ v. 4. c)].
- 20ª Os xuízos rápidos e a orde de protección prevéronse para que se resolvan no ámbito dos xulgados de instrución de garda. A maior parte dos delitos contra a muller son competencia deses xulgados e tramítanse por esa clase de xuízos e non polos xulgados de



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

violencia sobre a muller, co que a pretendida especialización queda cuestionada [§ v. 4. d)].

21<sup>a</sup> Debe intentarse levar ao texto informado algún dos protocolos e iniciativas da Comisión de seguimento da implantación da orde de protección. Igualmente, debe manterse o actual Observatorio contra a Violencia Doméstica e de Xénero creado en 2002 polo Consello Xeral do Poder Xudicial e polos Ministerios de Xustiza e Traballo e Asuntos Sociais antes que crear na lei informada un novo Observatorio que se solape co xa existente [§ V. 4. g) e VI].

**E para que conste, estendo e asino o presente informe en Madrid o vinte e catro de xuño de dous mil catro.**