



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

VOTO PARTICULAR que formulan o **Excmo. Sr. vicepresidente do Consello Xeral do Poder Xudicial, D. Fernando Salinas Molina** e os **Excmos. Sres. vogais D. Luis Aguiar de Luque, D. Juan Carlos Campo Moreno, D^a Montserrat Comas D'Argemir i Cendra, D^a M^a Ángeles García García, D. Javier Martínez Lázaro e D. Félix Pantoja García** ao acordo da Comisión de Estudos e Informes de data 21 de xuño de 2004. **D^a. Montserrat Comas D' Argemir i Cendra e D. Félix Pantoja García** formulan ademais votos concorrentes aparte sobre algún aspecto particular.

I

CONSIDERACIÓNS XERAIS DA LEI DE MEDIDAS CONTRA A VIOLENCIA SOBRE AS MULLERES

Desde un punto de vista xeral, o primeiro problema que suscita o anteproxecto agora informado é a súa finalidade acoutada no terreo dos beneficios que o devandito texto confire a un determinado colectivo da cidadanía caracterizado pola súa pertenza ao sexo feminino.

En efecto, como é sobradamente coñecido, a Constitución Española consagra o principio de igualdade ante a lei no seu art. 14 (que tanto a doutrina como a xurisprudencia constitucional viñeron entendendo que comprende tanto a igualdade “na” Lei como a igualdade “ante” a Lei), precepto que inclúe entre as específicas interdicións da discriminación as que derivan do sexo.

Na presente ocasión, polo contra, encontrámonos ante un anteproxecto de lei que con carácter principal proclama na súa denominación e no seu art. 1 que o obxectivo do devandito texto é establecer con vocación “integral” (isto é, encarando a solución do problema desde as moi diversas facetas que encerra) unha serie de prescricións normativas cuxa finalidade é reducir os actuais



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

insoportables niveis de violencia que padece un determinado colectivo da poboación, isto é, o constituído polas mulleres.

Polo contrario, o informe aprobado por maioría nega a posibilidade dunha lei na que se adoptan medidas contra a violencia que na actualidade padece a muller negando que historicamente as relacións de dominio que se exerceron no seo da familia exercéronas os homes contra as mulleres. No informe non se acepta que exista a “cultura machista ou sexista” como problema social que explica que durante décadas e a nivel universal os homes se relacionaron coas mulleres no ámbito da parella, con relacións de dominio, de posesión e de inferioridade. No informe chégase a afirmar que a violencia contra anciáns e nenos é máis grave se cabe que contra as mulleres, precisamente pola nula capacidade de defensa e de denuncia do feito que lles presupón. Tal afirmación é negar a historia mesma, é negar que a violencia como problema social é “violencia de xénero”, é dicir, de homes contra mulleres, froito das relación de dominio e posesión que historicamente exerceron os homes sobre as mulleres. A violencia que se exerce contra menores ou anciáns ou de mulleres contra homes no ámbito familiar é un problema individualizado que ten a súa resposta no ordenamento xurídico por ter garantido o dereito á tutela efectiva e na resposta do Código Penal, sen que en modo ningún queden desprotexidos coa aprobación do anteproxecto de lei obxecto deste informe.

Pola contra, os vogais que subscriben o presente voto particular entendemos que o anteproxecto agora informado contén un conxunto de prescricións que en ocasións habilitan os poderes públicos para emprender actuacións que teñen por obxecto lograr a erradicación dunha cultura de superioridade e dominio do varón sobre a muller, por desgraza máis estendida na nosa sociedade do que sería desexable ou a paliar as graves consecuencias que padecen as mulleres que foron vítimas de actos de



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

violencia (con frecuencia reiterados ata o punto de ter que soportar na súa vida cotiá un constante clima de violencia). Noutras ocasións, o anteproxecto de lei agora analizado establece novos órganos ou estruturas administrativas que terán por finalidade a adopción de medidas administrativas que combatan ou reduzan o impacto desta eiva social. E finalmente outro conxunto de preceptos reforman algúns dos corpos legais básicos do noso ordenamento (CP, LOPX, LAC, LACR...) co fin de abastecer os poderes públicos en xeral, e o poder xudicial en particular, dos instrumentos adecuados para loitar fronte a esta violencia focalizada principalmente sobre as mulleres. Entre estas últimas reformas incorpóranse algunhas normas que regulan directa o indirectamente o exercicio de dereitos fundamentais básicos da persoa; así, as reformas do Código Penal, no que se refire ao dereito á liberdade persoal, e un conxunto de reformas procesuais e orgánico-xudiciais con inmediata incidencia no dereito á tutela xudicial efectiva.

Así as cousas, o primeiro interrogante que desde unha perspectiva xeral suscita o anteproxecto agora analizado tal como anteriormente indicamos é o seguinte: é compatible coa nosa orde constitucional (e en especial o art. 14 da Constitución) un conxunto de medidas legais cuxo beneficiario é só unha parte da poboación (as mulleres) ou, pola contra, unha opción legislativa de tal signo está vedada polo citado precepto constitucional.

A resposta ao devandito interrogante, sen prexuízo das matizacións que máis adiante se realicen, non pode por menos de ser favorable á constitucionalidade da opción tomada polo prelexislador.

O principio de igualdade no noso texto constitucional, e de modo moi particular cando proxecta a súa forza normativa sobre o lexislador, non é un ríxido e formal axioma carente da máis mínima ductilidade. Pola contra, o art. 14 da Constitución ha de ser interpretado á luz doutros numerosos preceptos



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

constitucionais que veñen modular o seu definitivo alcance. Así, como máis significativos, o art. 1º do texto constitucional (“España constitúese nun estado social e democrático de dereito que proclama como valores superiores do seu ordenamento a liberdade, a igualdade, a xustiza e o pluralismo político”), o art. 9.2 (“corresponde aos poderes públicos promover as condicións para que a liberdade e a igualdade do individuo sexan reais e efectivas”), a interdicción da arbitrariedade (art. 9.3) e a extrapolación do xenérico principio de igualdade ante a lei a outros ámbitos (p.e. art. 23, 31 ou 139.1).

O resultado é que o principio de igualdade que consagra o art. 14 CE así reinterpretado, cando proxecta a súa operatividade sobre o labor do lexislador cobra unha dimensión distinta en canto perde en parte o significado absoluto que parece deducirse da súa expresión literal. Na práctica a labor lexislativa tradúcese constantemente nun conxunto de leis nas que o lexislador establece consecuencias xurídicas distintas a realidades sociais diversas ou a sectores da poboación que se encontran en circunstancias sociais diferentes. A mesma conduta socialmente desviada que o lexislador penal tipifica como delito merece unha cualificación xurídica diferente cando é cometida por un menor. A lei elaborada por un parlamento autonómico que confire determinados dereitos non se aplica aos cidadáns con veciñanza noutra Comunidade Autónoma, malia que o art. 139.1 da Constitución proclama que os españois gozan dos mesmos dereitos e obrigas en calquera parte do territorio do Estado.

O lexislador, por tanto, está constantemente clasificando os cidadáns españois en razón de moi diversos factores e asignando diferentes estatutos xurídicos en función do colectivo en que cada un dos individuos se integren.



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

En suma, o problema da proxección do principio de igualdade do art. 14 CE sobre a actuación do lexislador non é se este principio encerra un mandato absoluto e sen fisuras de interdicción da discriminación “na” lei, senón se as eventuais diferenzas entre grupos de españois que o lexislador poida establecer na súa clasificación lexislativa contan cunha xustificación obxectiva e razoable e se a tal diferenza de trato é adecuada e proporcionada para alcanzar o fin que a xustifica.

Certamente, cando a diferenza de trato que o lexislador dispensa a certos colectivos toma como criterio de diferenza, tal como aquí sucede, algunha das circunstancias de interdicción da discriminación explicitamente previstas no art. 14 CE (por ex. o sexo), as esixencias para superar o test de constitucionalidade encóntranse particularmente agravadas. Pero que isto sexa así non significa que toda discriminación “na” lei por razón de sexo sexa cualificada de inconstitucional.

Pola contra, entre as xustificacións que máis frecuentemente lexitiman constitucionalmente as diferenzas derivadas da clasificación lexislativa son as constituídas polas medidas de discriminación positiva a favor das mulleres, que avaladas de principio no noso texto constitucional polo art. 9.2 antes aludido, foron xa obxecto de consideración favorable polo noso Tribunal Constitucional en numerosas ocasións, como haberá ocasión de analizar máis adiante.

En efecto, o noso Tribunal Constitucional, seguindo neste punto a abundante doutrina sentada (i) en resolucións internacionais de moi diverso teor, (ii) na xurisprudencia de tribunais especializados en materia de dereitos humanos e (iii) na doutrina do Tribunal de Luxemburgo, veu aceptando nunha xurisprudencia xa constante a constitucionalidade tanto das resolucións administrativas ou xudiciais como das normas legais inspiradas na idea de dotar de contido material o principio de igualdade e iso aínda que



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

aparentemente puidesen parecer vulneracións do principio de igualdade ante a lei que consagra o art. 14 CE. Trátase das coñecidas como “medidas de discriminación positiva” en relación con determinados colectivos sociais desfavorecidos, medidas que se xustifican desde a perspectiva constitucional en canto teñen por obxecto propiciar a plena equiparación no terreo xurídico e no exercicio dos seus dereitos a tales colectivos. Entre tales pronunciamentos, tanto internacionais como comunitarios ou do noso TC, lugar privilexiado merecen as medidas de discriminación positiva a favor das mulleres, medidas que en numerosas ocasións recibiron xa unha declaración de conformidade constitucional.

Neste sentido, para comprender a lexitimidade constitucional dun anteproxecto de lei que ten por obxecto a adopción de concretas medidas contra a violencia que padece un sector da poboación caracterizado por pertencer ao sexo feminino e non a totalidade dela, é preciso comezar constatando a existencia dunha realidade social que sitúa as integrantes dese colectivo, as mulleres, nunha situación material de desigualdade á hora de gozar de determinados bens, posicións ou dereitos que a orde xurídica reconece. En segundo lugar, é preciso examinar a auténtica natureza xurídica das medidas coas que o lexislador pretende paliar ou subverter esa situación social e a súas consecuencias a efectos xurídicos co fin de desvelar os bens e valores en xogo. E en terceiro e último lugar será necesario, sobre a base dunha ponderación dos bens e valores constitucionais en presenza, analizar en que grao as medidas apuntadas polo prelexislador son adecuadas e proporcionadas ao fin proposto.

As reflexións que se realizan inmediatamente a continuación diríxense a tal fin, antes de examinar en detalle e formular algunhas observacións críticas respecto á corrección técnica da concreta regulación que o articulado realiza dalgunha das tales medidas.



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

Para os tales efectos, o punto de partida que debe terse presente é a realidade ineludible de que no ano 2003 presentáronse nos xulgados de primeira instancia e instrución e de instrución de toda España nun total de 76.267 denuncias de violencia doméstica, das cales se tramitaron 66.188, cunha taxa de 1'6 denuncias tramitadas por cada 1.000 habitantes. Do número total de vítimas por violencia doméstica (66.542), as mulleres representan o 90'2%. En total os xuíces adoptaron 16.725 medidas cautelares, cun grao de incumprimento ou de non efectividade do 5'4%, resultando condenadas 33.936 persoas. Por outra parte, no ano 2003 o número de mortos por violencia doméstica ascendeu a 103 persoas, das que 81 eran mulleres e 65 delas faleceron a mans das súas parellas ou ex parellas e ao longo de 2004 morreron como consecuencia desta especial forma de violencia 29 mulleres a mans das súas parellas ou ex parellas fronte a 6 menores e un só home. Así mesmo, os datos estatísticos ofrecidos polo Consello Xeral do Poder Xudicial en relación coa aplicación da Lei reguladora da orde de protección nos cinco primeiros meses desde a súa entrada en vigor revelan que de 6004 ordes de protección outorgadas xudicialmente, un 95'7% delas corresponden a vítimas mulleres. Estes datos demostran que o problema real que afecta á sociedade española é o da violencia sobre a muller. Esta é a auténtica eiva social.

A situación social reflectida nos tales datos é a que certamente impulsa (e á par xustifica) a acción do Goberno da Nación de promover a incorporación ao noso ordenamento dun texto legal que recolla o contido do anteproxecto agora obxecto de informe. Este anteproxecto ten por finalidade establecer unha batería de medidas contra a violencia padecida na actualidade pola muller na nosa sociedade, fenómenos reiterados de violencia que ben pode dicirse que afectan á dignidade como persoas dun importante sector da poboación maioritariamente constituído polas mulleres e fronte aos que os poderes públicos viñeron tomando conciencia e combatendo nos últimos anos, en consonancia coas decisións e resolucións de diversos órganos internacionais.



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

Sen afán de ser exhaustivos limitámonos a apuntar en respaldo da opción governamental a recomendación do Consello de Ministros do Consello de Europa do 30 de abril de 2002, que significativamente leva por enunciado Rec (2002) 5 sobre a protección das mulleres contra a violencia e cuxas palabras iniciais son: *“Reafirmando que a violencia cara ás mulleres é o resultado dunha desequilibrada repartición do poder entre homes e mulleres e está a provocar unha seria discriminación contra o sexo feminino ...”*

Os tratados internacionais, entre eles a Declaración Universal de Dereitos do Home das Nacións Unidas e o Convenio Europeo para a Protección dos Dereitos Fundamentais e Liberdades Públicas expresamente refírense ao principio de non discriminación, pero máis en concreto multitude de declaracións, convencións e resolucións no ámbito das Nacións Unidas ou de carácter rexional se pronunciaron acerca deste fenómeno, tal e como se fai constar na exposición de motivos do anteproxecto. Pola súa importancia, e sen prexuízo do que máis adiante se dirá ao comentar o artigo 1 do anteproxecto, debe mencionarse a decisión número 803/2004/CE do Parlamento Europeo do 21 de abril de 2004, pola que se aproba un programa de acción comunitaria para previr e combater a violencia exercida sobre os nenos e as mulleres e protexer as vítimas e grupos de risco (programa Daphne II). Entre os obxectivos e accións específicas do anexo da decisión expresamente alúdese á creación de redes multidisciplinares viables, á formación e deseño de instrumentos educativos, ao desenvolvemento e programa de tratamento tanto para as vítimas como para os agresores e accións de sensibilización a grupos específicos.

O artigo 5 da Convención para a eliminación de todas as formas de discriminación contra a muller do 18 de decembro de 1979 obriga os Estados parte a tomar todas as medidas apropiadas para a modificación dos patróns



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

socioculturais de conduta de homes e mulleres con miras a alcanzar a eliminación dos prexuízos e prácticas consuetudinarias e de calquera outra índole que están baseados na idea de inferioridade ou superioridade de calquera dos sexos ou en funcións estereotipadas de homes e mulleres. Expresamente, a convención reconece *“A necesidade de cambiar as actitudes, mediante a educación dos homes e mulleres para que acepten a igualdade de dereitos e superen as prácticas e os prexuízos baseados en papeis estereotipados”*.

A Declaración das Nacións Unidas sobre a eliminación da violencia contra a muller, proclamada en decembro de 1993 pola Asemblea Xeral, afirma que *“a violencia contra a Muller constitúe unha violación dos dereitos humanos e das liberdades fundamentais”*. Entende que a violencia contra a muller abarca a violencia física, sexual e psicolóxica que se produza na familia, incluídos os malos tratos, o abuso sexual das nenas no fogar, a violencia relacionada co dote, a violación polo marido, a mutilación xenital feminina e outras prácticas tradicionais lesivas para a muller, os actos de violencia perpetrados por outros membros da familia e a violencia relacionada coa explotación.

A Declaración de Beijing de 1995, como consecuencia do Cumio Internacional sobre a Muller, afirma que a violencia contra as mulleres se refire a todo acto de violencia sexista que ten como resultado posible ou real un dano de violencia física, sexual ou psicolóxica, xa se produzan na vida pública como privada, e declara que *“A violencia contra as mulleres é un mecanismo social fundamental polo cal as mulleres están nunha posición de subordinación respecto aos homes. Producida a miúdo na familia tolérase e apenas se denuncia. A violencia contra as mulleres é unha manifestación das relacións de poder historicamente desiguais entre mulleres e homes que conduciron á dominación masculina, á discriminación contra as mulleres por parte dos homes e a impedir o seu desenvolvemento. A violencia contra as mulleres ao*



longo do seu ciclo vital ten a súa orixe en pautas culturais, na lingua e na relixión que perpetúan a condición inferior que se asigna ás mulleres na familia, no traballo e na sociedade. O tema agrávase polo medo e a vergoña a denunciar”.

A Resolución da Comisión de Dereitos Humanos dada en 1997, tamén das Nacións Unidas, *“condena todos os actos de violencia sexista contra a muller, esixe que se elimine a violencia sexista na familia e na comunidade e pon de manifesto o deber dos gobernos de actuar coa necesaria dilixencia para previr, investigar e de conformidade coa lexislación nacional, castigar os actos de violencia contra a muller e proporcionar ás vítimas o acceso a uns medios de reparación xustos e eficaces e a unha asistencia especializada”.* Exhorta os Estados a *“condenar a violencia contra a muller e a non invocar ningún costume, tradición ou práctica por motivos relixiosos para eludir esa obriga”, “adoptar medidas para erradicar a violencia na familia e na comunidade”, “reforzar na lexislación nacional sancións penais, civís, laborais e administrativas para castigar calquera forma de violencia infrinxida a mulleres e nenas”, “mellorar a formación do persoal xudicial, xurídico, médico, social, pedagóxico e de policía e inmigración para evitar os abusos de poder que dan pé á violencia contra a muller e a sensibilizar a esas persoas en canto á natureza dos actos e ás ameazas de violencia sexista para conseguir que as mulleres vítimas reciban un trato xusto”, “emendar os códigos penais cando sexa necesario para garantir unha protección eficaz contra a violación, o acoso sexual e outras formas de violencia sexual contra a muller” e, por último, entre outras moitas consideracións recorda aos Gobernos “que as obrigas que lles impón a convención sobre eliminación de todas as formas de discriminación contra a muller deben aplicarse plenamente en relación coa violencia de xénero” (España ratificou a convención no ano 1983).*



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

O informe de xullo de 1997 do Parlamento Europeo que dá lugar á campaña -tolerancia cero- contra a violencia de xénero, que se desenvolve no ano 1999 na Unión Europea, considera que *"de acordo coa Declaración Universal dos Dereitos Humanos, os Estados membros que non apliquen unha política axeitada que preveña e persiga a violencia contra as mulleres están a incumprir as súas obrigas internacionais de acordo con esta declaración"*.

No noso país, así mesmo, o propio lexislador, por primeira vez na Lei 27/2003, do 31 de xullo, reguladora da orde de protección das vítimas da violencia doméstica expresamente refírese á violencia de xénero ao afirmar: *"A violencia exercida no contorno familiar e, en particular, a violencia de xénero constitúe un grave problema da nosa sociedade que esixe unha resposta global e coordinada por parte de todos os poderes públicos. A situación que orixinan estas formas de violencia transcende o ámbito meramente doméstico para converterse nunha eiva que afecta e involucra a toda a cidadanía"*. E mesmo alude á subcomisión creada no seo da Comisión de Política Social e de Emprego co fin de *"...formular medidas lexislativas que dean unha resposta integral fronte á violencia de xénero..."* Iso demostra que a violencia sobre as mulleres é unha realidade social fácil de constatar e que se impón sobre a violencia doméstica.

En igual sentido, o Observatorio creado como consecuencia da sinatura o 26 de setembro de 2002 dun convenio entre o Consello Xeral do Poder Xudicial e os ministerios de Xustiza e de Traballo e Asuntos Sociais denomínase Observatorio Contra a Violencia Doméstica e de Xénero. O Observatorio, como instrumento de análise, obtivo datos estatísticos, sempre no ámbito das súas competencias, realizando análises socio-xurídicas, tal e como se expón máis adiante ao comentar o artigo 25.



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

Das precedentes afirmacións cabe deducir con claridade que o ben xurídico protexido mediante as medidas que establece o anteproxecto de lei que agora se informa é, como xa puxo de manifesto o acordo do Pleno do 21 de marzo de 2001 deste Consello, a dignidade humana é un valor supremo da convivencia que o noso texto constitucional explicitamente proclama no art. 10.1 aínda que, con frecuencia, aparezan intimamente ligados a el outros bens igualmente necesitados de protección, como son a vida e a integridade física e moral e así se deduce, entre outras, das sentenzas do Tribunal Supremo do 24 de xuño e do 7 de setembro de 2000.

A maioría da doutrina, ao estudar o fenómeno da violencia contra as mulleres, coincide en afirmar que é un fenómeno social de múltiples e diversas dimensións, expresión dunha orde social baseada na desigualdade como consecuencia da asignación de roles diferentes aos homes e ás mulleres en función do seu sexo e cun recoñecemento distinto e superior para o masculino. É unha manifestación da desigualdade entre xéneros, da desigualdade na que aínda viven moitas mulleres e da fórmula á que recorren moitos homes para dominalas e manter os seus privilexios no ámbito familiar, producindo graves efectos directamente para a propia muller pero tamén para os fillos como vítimas invisibles da violencia doméstica.

En consecuencia, non é gratuito senón doadamente comprensible que o prelexislador optase por unha lei integral de medidas contra a violencia sobre a muller, o que non implica, de ningún xeito, que queden desprotexidos os demais suxeitos pasivos que dalgunha forma sofren violencia doméstica, xa que, como haberá ocasión de analizar máis adiante, obteñen axeitada protección a través dos preceptos do Código Penal existentes, como son os artigos 153 e 173.2.



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

De todo o anteriormente exposto dedúcese que a violencia exércese sobre a muller ou en consideración á muller pola súa pertenza ao sexo feminino, aínda que as consecuencias transcendan a outros ámbitos, polo que o anteproxecto de lei optou pola denominación de “contra a violencia exercida sobre a muller”, denominación que conta cun amplo apoio nos textos dos tratados e convenios internacionais ratificados por España.

A lei integral, por iso, sistematiza medidas coordinadas entre os distintos profesionais que tratan as vítimas, asegurando unha maior axilidade e unificación na adopción de medidas civís e penais, incluídas as de carácter preventivo, evitando a disparidade de criterios. Ao mesmo tempo adóptanse medidas educativas que potencian a igualdade de sexos, a loita contra toda forma de discriminación e elimina os roles sociais establecidos, sen esquecer establecer medidas que garanten a aplicación axeitada e eficiente da mesma Lei, creando as infraestruturas necesarias e dotando fondos para iso.

Como dicimos, a educación baseada na igualdade é un punto de partida importante na prevención do maltrato dirixido á muller. Esta educación non debe rematar só nos nenos, senón que continua nos maiores, polo que se fai necesario o establecemento de plans formativos segundo os distintos niveis de intervención do persoal que coordinadamente vai loitar contra este problema social, insistíndose na axeitada preparación dos membros das Forzas e Corpos de Seguridade do Estado, persoal sanitario, equipos técnicos asistenciais, pero tamén nunha formación específica daqueles membros da carreira xudicial que se van especializar dada a dificultade de comprensión de todos os aspectos persoais e sociais que subxacen neste problema e sempre partindo da base de que xuíces e tribunais, por definición, asumen a tutela dos dereitos e liberdades e convértense nos seus garantes, tendo perfectamente asumido o principio de igualdade e non discriminación, dada a súa vinculación, como poder público, á Constitución e ao resto do ordenamento, segundo o



previsto no artigo 9 da Constitución Española e o artigo 5 da Lei orgánica do poder xudicial.

A educación e formación ten que derivar nunha concienciación social que implique todos os ámbitos, é dicir, a vida económica, política e social, pois as mulleres atópanse en todos os campos e en todos é posible encontrar a discriminación por razón de xénero. Ao mesmo tempo, debe loitarse denodadamente por unha educación xeral en valores e principios propios dunha sociedade democrática como a española, que reconece como valores superiores do seu ordenamento a liberdade, a xustiza, a igualdade e o pluralismo político e que expresamente afirma no artigo 10 da Constitución Española que "a dignidade da persoa, os dereitos inviolables que lle son inherentes, o libre desenvolvemento da personalidade, o respecto á Lei e aos dereitos dos demais son o fundamento da orde política e da paz social", potenciando as formas de resolución pacífica de calquera tipo de conflito e eliminando a agresividade latente en moitos ámbitos sociais. Neste sentido, valóranse positivamente as medidas de sensibilización no ámbito da publicidade e dos medios de comunicación, debendo velar por determinados contidos realmente daniños e perigosos para a igualdade de sexos e para o respecto aos dereitos e á dignidade humana en todos os aspectos.

Fronte á idea, non tan afastada, de que os actos violentos contra a muller que se producen na convivencia diaria, no ámbito privado, deben quedar na intimidade, evitando calquera tipo de intrusión ou intervención, en particular por parte das institucións estatais, hoxe en día é evidente que existe un interese social en protexer as vítimas desa forma de violencia, pois a sociedade non pode permanecer impasible ante graves formas de atentado contra a vida, integridade física e psíquica, honra, liberdade e, en definitiva, contra a dignidade do ser humano. De feito, tanto os tratados internacionais ratificados por España como a CE e o resto do ordenamento reconecen estes



dereitos da persoa sen distinción de sexo e ademais impoñen aos poderes públicos un deber de promover as condicións para que a liberdade e a igualdade do individuo e dos grupos en que se integra sexan reais e efectivas, removendo os obstáculos que impidan ou dificulten a súa plenitude e facilitando a participación de todos os cidadáns na vida política, económica, cultural e social (art.9 CE).

Pódese pensar que con iso, e en especial no que se refire á tutela penal e tutela xudicial, pero tamén nas outras formas de tutela contempladas no anteproxecto, estase a introducir algunha forma de discriminación, por exemplo cando se prevén delitos específicos ou formas agravadas deles nos que o suxeito pasivo é únicamente a muller. Con todo, esta forma de discriminación debe entenderse como unha “acción positiva” ou discriminación positiva” recoñecida expresamente no ordenamento xurídico comunitario. Así, as directivas 76/207/CEE do Consello, do 9 de febreiro de 1976, e 2002/73/CEE do Consello, do 23 de setembro de 2002, recoñeceron que o principio de igualdade de trato entre homes e mulleres “*non obstará as medidas encamiñadas a promover a igualdade de oportunidades entre homes e mulleres, en particular para corrixir as desigualdades de feito que afecten ás oportunidades das mulleres...*”. A sentenza do TXCE do 19 de marzo de 2002 (asunto Lommers) afirma: “*A este respecto, despréndese dunha xurisprudencia reiterada que a dita disposición ten como finalidade precisa e limitada autorizar medidas que, aínda que sexan discriminatorias en aparencia, están destinadas efectivamente a eliminar ou a reducir as desigualdades de feito que puidesen existir na realidade da vida social. A referida disposición autoriza medidas nacionais no ámbito do acceso ao emprego, incluída a promoción que, favorecendo especialmente as mulleres, están destinadas a mellorar asúa capacidade de competir no mercado de traballo e desenvolver unha carreira profesional en pé de igualdade cos homes (sentenzas Kalanke, apartados 18 e 19; Marshall, apartados 26 e 27 e do 28 de marzo de 2000, Badeck e outros,*



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

C-158/97, apartado 19). En parecido sentido maniféstase a sentenza do 6 de xullo de 2000 (asunto Abrahamsson, Anderson e Fogelqvist): "Segundo o terceiro considerando da recomendación 84/635/CEE do Consello, do 13 de decembro de 1984, relativa á promoción de accións positivas en favor da muller (DO L 331, p. 34; EE 05/04, p. 124), "as normas xurídicas existentes sobre a igualdade de trato, que teñen por obxecto conceder dereitos aos individuos, son insuficientes para eliminar toda forma de desigualdade de feito se, paralelamente, non se emprenden accións, por parte dos gobernos, dos interlocutores sociais e doutros organismos competentes tendentes a compensar os efectos prexudiciais que resultan, para as mulleres en activo, de actitudes, de comportamentos e de estruturas da sociedade".

O noso Tribunal Constitucional tamén se pronunciou ao respecto en varias sentenzas, fundamentando a acción positiva no art. 9.2 da Constitución Española. Así, a sentenza 109/1993, do 25 de marzo, establece que : "Non pode, pois, afirmarse xenericamente que calquera vantaxe legal outorgada á muller sexa sempre discriminatoria para o varón polo mero feito de non facerlle partícipe dela (como podería ao contrario selo para a muller a que lle impuxera unha privación soamente por razón do sexo). E ao contrario, a xustificación da tal diferenza podería acharse nunha situación de desvantaxe da muller que se trata de compensar; neste caso, porque iso ten lugar fronte á relación de traballo e sen prexuízo de que o lexislador poida estender o beneficio ao varón ou mesmo suprimilo sen que iso se opoña tampouco aos preceptos constitucionais invocados. Non pode esquecerse, como antes se indicou e reiteradamente afirmou este tribunal, que por pertencer a muller ao grupo desfavorecido, a interdicción da discriminación implica tamén a adopción de medidas que tratan de asegurar a igualdade efectiva de trato e oportunidades da muller e do home (SSTC 128/1987 e 19/1989), o cal xustifica constitucionalmente preceptos como o cuestionado, destinados a remover obstáculos que impiden aquela real igualdade no traballo "e na medida en que



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

eses obstáculos poidan ser removidos efectivamente a través de vantaxes ou medidas de apoio que aseguren esa igualdade real de oportunidades e non poidan operar de feito en prexuízo da muller" (STC 229/1992, f. x. 2)".

Pola súa banda, a sentenza 229/1992, do 14 de decembro, do mesmo Tribunal Constitucional afirma : "Non obstante o carácter bidireccional da regra de parificación entre os sexos, non cabe descoñecer que foron as mulleres o grupo vítima de tratos discriminatorios, polo que a interdición da discriminación implica tamén, en conexión ademais co art. 9.2 da CE, a posibilidade de medidas que traten de asegurar a igualdade efectiva de oportunidades e de trato entre homes e mulleres. A consecución do obxectivo igualitario entre homes e mulleres permite o establecemento dun "dereito desigual igualitario", 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 (SSTC 128/1987 e 19/1989). Xustifícanse así constitucionalmente medidas en favor da muller que estean destinadas a remover obstáculos que de feito impidan a realización da igualdade de oportunidades entre homes e mulleres no traballo e na medida en que esos obstáculos poidan ser removidos efectivamente a través de vantaxes ou medidas de apoio cara á muller que aseguren esa igualdade real de oportunidades e non poidan operar de feito en prexuízo da muller". Na mesma liña, maniféstase a sentenza 28/1992, do 9 de marzo, que citando a 216/1991 di: "non pode reputarse discriminatoria e constitucionalmente prohibida -antes ao contrario- a acción de favorecemento, sequera temporal, que aqueles poderes (públicos) emprendan en beneficio de determinados colectivos, historicamente desprotexidos e marxinados a fin de que, mediante un trato especial máis favorable, vexan suavizada ou compensada a súa situación de desigualdade substancial" (f. x. 5º)".



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

É pois no contexto da adopción dun conxunto de medidas de carácter integral fronte a esta lacra social que é a violencia fronte ás mulleres onde encontran explicación e xustificación as disposicións do anteproxecto agora informado, conxunto de medidas que certamente poden ser cualificadas como de discriminación positiva a favor das mulleres e que, polo tanto, van máis alá da literalidade das expresións do art. 14 CE, pero que gozan de lexitimidade constitucional no marco dunha situación social na que con demasiada frecuencia a dignidade das mulleres vese seriamente cuestionada, medidas de discriminación positiva a favor das mulleres que contan co respaldo de numerosas resolucións internacionais, que recibiron xa en ocasións o respaldo do Tribunal Constitucional e que son adecuadas e proporcionadas á finalidade que as xustifica.

Neste sentido os asinantes deste voto consideran que o obxecto e a finalidade xeral do anteproxecto se axustan plenamente á realización dos valores que a Constitución Española consagra. Así mesmo, considera que se facía unha lei integral na que se abarcasen todos os aspectos da violencia sobre a muller aos que xa nos referimos, incluíndo medidas de sensibilización, dereitos e asistencia ás vítimas, tutela institucional, penal e xudicial, polo que este Consello Xeral do Poder Xudicial considera importante a iniciativa legislativa, especialmente polo que ten de innovador e por introducir por primeira vez no ordenamento xurídico unha lei integral que pode abrir un amplo debate social sobre o tema, sen perxuízo das observacións que a continuación se van realizar.

Merece unha valoración positiva o feito de que ao anteproxecto se lle achega a memoria económica na que se contén a estimación dos custes necesarios para facer fronte de maneira eficaz ao grave problema da violencia sobre a muller, considerando satisfactoria a previsión no que respecta á planta de xulgados de violencia sobre a muller, así como a adaptación dos xa



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

existentes, o custo da asistencia xurídica gratuíta e a creación de unidades de valoración forense integral aínda que, segundo o que máis adiante se expoñerá, debería preverse tamén a creación de equipos psicosociais ou multidisciplinares.

II

ACERCA DA IMPORTANCIA DA DEFINICIÓN DE VIOLENCIA SOBRE A MULLER QUE ESTABLECE O TÍTULO PRELIMINAR DO ANTEPROXECTO

Comprendeuse, por fin, polo lexislador que a violencia sobre as mulleres ten un alcance certamente pluridisciplinar e que é preciso abordala con medidas preventivas, con medidas asistenciais e de intervención social a favor da vítima, con medidas incentivadoras da investigación e tamén con medidas legislativas orientadas á represión destes delitos, pero mentres a iniciativa legislativa do anterior goberno, concretamente na Lei orgánica de medidas concretas en materia de seguridade cidadá, VIOLENCIA DOMÉSTICA, se conformou coa mera alusión ás medidas asistenciais e de intervención social na exposición de motivos e co incremento da represión penal, o anteproxecto de Lei orgánica integral de medidas contra a violencia exercida sobre as mulleres contempla unha batería de dereitos económicos, de asistencia social integral, de tutela institucional, etc. para a muller maltratada, por iso merece un aplauso esta lei orgánica, sen prexuízo dos defectos técnicos cos que, sen dúbida, conta e que perfectamente poden ser paliados no iter legislativo. Pretendeuse, con todo, transmitir unha mensaxe falsa, simplista e mal intencionada: creación dun dereito penal para homes e uns xulgados para mulleres e unha insólita mestura de procedementos civís e penais.



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

Art. 1º.2 do anteproxecto: “Para os efectos desta lei entenderase por violencia exercida sobre a muller a utilizada como instrumento para manter a discriminación, a desigualdade e as relacións de poder dos homes sobre as mulleres. Comprende a violencia física e a psicolóxica, incluídas as agresións á liberdade sexual, as ameazas, a coacción ou a privación arbitraria de liberdade tanto na vida pública como na privada cando o principal factor de risco o constitúa o feito de ser muller”.

A redacción do indicado precepto non é afortunada e ha de buscarse unha redacción que perfile perfectamente o ámbito de aplicación desta lei. Esta Lei non está pensada para as mulleres, senón para a protección das vítimas mulleres -deberían incluírse tamén ás nenas- dunha violencia de desprezo cara ao ser humano que implica a redución dunha persoa á condición de obxecto, de fardo, de mera cousa, a súa anulación como persoa libre, a negativa en definitiva da súa dignidade de persoa, a represión de condutas e a protección das vítimas dunha noción da muller como propiedade ou ben sen dereitos, emanación dunha historia tribal bíblica e feudal que subsiste na época actual e que cos fluxos migratorios se incrementa. En definitiva, o que se pretende con esta Lei é, por un lado, a enérxica condena, non de todos os homes, senón daqueles que realizan as condutas típicas para impedir que a muller alcance as cotas de liberdade e de dignidade que como ser humano lle corresponde; algunhas no camiño perden ata a vida e, por outro, facilitar as prestacións necesarias ás vítimas para que poidan desenvolver libremente a súa personalidade.

O rexeitamento do art. 1º e a pretensión de incluílo na exposición de motivos é non comprender que marca a finalidade da lei e serve para fundamentar as medidas asistenciais, o ámbito competencial dos xulgados de violencia sobre a muller, senón que delimita os tipos penais aos que, indudablemente sen acerto, se refire o último inciso do apartado 2 do art. 1º.



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

Non é descamiñado tampouco fixar o ámbito competencial “cando o principal factor de risco o constitúa o feito de ser muller”. A realidade social mostra que existe un arquetipo tradicional da muller capturada nunha tea de araña coidadosamente tecida pola tradición, a relixión (as relixións que sexan) imbuída por unha idea de servizo ao outro para que a relación de parella e a relación materno-filial é case todo. Contra este arquetipo arremeten as asociacións feministas e as fortes correntes de dignificación da muller. Prodúcese unha tensión entre ambos influxos; por un lado, as mulleres rebélanse, teñen sede de dereitos e chaman no seu auxilio a xustiza; por outro, o sentimento de culpa que leva o perdón. Os varóns corríxen do modo que consideran oportuno as mulleres que se rebelan, aínda que a rebelión sexa tibia: agrédenas física e sexualmente, insúltanas e dispoñen delas como mellor lles parece e incluso mátanas. Este é o risco de ser muller ao que alude a lei.

De todo o que antecede despréndese con facilidade a razón de ser do art. 1º e a necesidade de non suprimilo, senón simplemente de mellorar a súa redacción.

Chama a atención, tanto no informe coma no voto particular, a crítica á indebida introdución do elemento intencional na definición, afirmando que “a comprobación desa intencionalidade presentará problemas no caso concreto” que “se o que se fai é presumir que toda agresión contra unha muller vén presidida por esa presunción normativa de que se arremete con eses fins ou por razón dos seus obxectivos estase recreando un dereito penal do autor e no orgánico xudicial estase volvendo a un sistema de xurisdicións especiais “(sic). En toda a retórica do informe, das páxinas 34 a 59, ignórase non soamente o anteriormente exposto, senón que as condicións de desvalimento non se presumen senón que han de probarse, ben para colmar o tipo penal que as teña en conta ou ben para apreciar a agravante correspondente;



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

esquécese, tamén, que o ánimo ou intención do que realiza a conduta típica non é algo que haxa que pescudar no xuízo oral -como disparatadamente se afirma-. Por suposto, así se ha de facer para ditar unha sentenza condenatoria polo tipo penal que o esixa. Pero ese ánimo ou intención ha de terse en conta xa ao inicio das investigacións para determinar que procedemento se segue: sumario, procedemento abreviado, procedemento de tribunal de xurado etc., cal é o órgano de axuizamento: tribunal de xurado, audiencia provincial ou xulgado do penal, audiencia nacional e ata o tribunal penal internacional. Causa desconcerto o ataque neste punto cando o Código Penal que todos coñecemos, ou deberíamos coñecer, está repleto de delitos nos que a intención ou o propósito entra dentro da tipicidade e segundo que a intención ou o propósito sexa un ou outro o tipo penal cambia e a pena tamén. Ad exemplum, sen ánimo exhaustivo, os seguintes:

a).- Art. 607.1 (delitos de xenocidio) “os que, CO PROPÓSITO de destruír total ou parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial ou relixioso, perpetraren algún dos actos seguintes: 1º.-coa pena de prisión de 15 a 20 anos se mataren algún dos seus membros, 2º.- coa de prisión de 15 a 20 anos se agrediren sexualmente algún dos seus membros ou lles causaren lesións no art. 149. 3º.- Coa prisión de 8 a 15 anos, se someteren o grupo ou a calquera dos seus individuos a condicións de existencia que poñan en perigo a súa vida ou perturben gravemente a súa saúde ou cando lles produciren algunhas das lesións previstas no art. 150. 4º.- Coa mesma pena, se levaren a cabo desprazamentos forzosos do grupo ou dos seus membros, adoptaren calquera medida que tenda a impedir o seu xénero de vida ou reprodución ou ben que trasladaren pola forza individuos dun grupo ao outro. 5º.- Coa prisión de 4 a 8 anos, se produciren calquera outra lesión distinta das sinaladas nos números 2º e 3º deste apartado.



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

Obsérvese o evidente, que a intención define o tipo penal, incrementa as penas dunha maneira intensa (compárese coas penas previstas para o homicidio, as lesións, etc. sen este propósito) e a competencia do instrutor e do órgano de axuizamento; ademais, pode encaixar no ámbito competencial do tribunal penal internacional.

b) Art. 598: “o que, sen propósito de favorecer a unha potencia estranxeira, procurase, revelase, falsease ou inutilizase información legalmente reservada ou secreta relacionada coa seguridade nacional ou a defensa nacional”. Se o propósito existise a pena sería moito máis grave e outro o órgano de axuizamento.

c) Art. 584: “o español que CO PROPÓSITO de favorecer a unha potencia estranxeira, asociación ou organización internacional, procure, falsee, inutilice ou revele información clasificada como reservada ou secreta, susceptible de prexudicar a seguridade nacional ou defensa nacional será castigado como traidor coa pena de prisión de 6 a 12 anos”. Obsérvese que isto é para o español porque ao estranxeiro correspóndelle a pena inferior en grao.

d) Art. 571: “os que pertencendo, actuando ao servizo ou colaborando coas bandas armadas, organizacións ou grupos CUXA FINALIDADE sexa a de subverter a orde constitucional ou alterar gravemente a paz pública e cometan os delitos de estragos ou de incendios tipificados nos arts. 346 e 351 serán castigados coa pena de prisión de 15 a 20 anos...”. O agravamento da pena pola finalidade fronte aos delitos de estragos ou de incendios é manifesta.

e) Art. 557: “serán castigados coa pena de prisión de 6 meses a 3 anos os que, actuando en grupo, e co FIN de atentar contra a paz pública, alteren a orde pública causando lesións ás persoas, producindo danos nas propiedades,



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

obstaculizando as vías públicas ou os accesos a elas, etc. O fin incrementa a pena e permite deslindar as disputas na rúa das noites de festa da nosa xuventude da Kale Borroka; o mesmo feito obxectivo pode ser instruído por un xulgado central e axuizado pola sala do penal da audiencia nacional ou polos correspondentes órganos xudiciais do lugar onde acaeceron os feitos. Insistimos, unha vez máis, en que a finalidade, a intención e o propósito han de ser avaliados indiciariamente nun xuízo de valor, que pode devir erróneo, ao inicio mesmo do procedemento.

Por último, certas cualidades do suxeito pasivo e certas finalidades do suxeito activo do delito delimitan os tipos penais dos arts. 510 e ss. do Código Penal baixo a significativa rúbrica “Dos delitos relativos ao exercicio dos dereitos fundamentais e liberdades públicas”.

A todo o anterior debemos engadir a circunstancia agravante 4ª do art. 22 na que se alude a cometer o delito por motivos racistas, antisemitas ou outra clase de discriminación referente á ideoloxía, relixión ou crenzas da VÍTIMA, AO SEU SEXO, etc.

Para terminar, e para non facer excesivamente extensa a exposición, mencionaremos os arts. 485 e 486 que agravan a pena notoriamente cando a vítima do homicidio, asasinato ou lesións sexa o Rei ou calquera do seus ascendentes ou descendentes, a raíña consorte, o consorte da raíña, o rexente ou algún membro da rexencia.



III

EXAME DO TEXTO DO ANTEPROXECTO DE LEI

1.- Da exposición de motivos.

Como é sabido a exposición de motivos dunha lei ten importancia á hora de comprender o seu alcance, pero tamén para facilitar a interpretación da norma xurídica, xa que segundo o artigo 3 do Código Civil as normas interpretaranse no seu sentido propio, en relación co contexto, cos antecedentes históricos e legislativos e coa realidade social e co tempo en que han de ser aplicadas, atendendo fundamentalmente ao seu espírito e finalidade. Por iso se fai necesario analizar someramente a exposición de motivos do anteproxecto sometido á consideración deste Consello, en especial no que se refire aos seus apartados I e II e á última parte do apartado III.

Se ben é certo que se fixo un notable esforzo por xustificar a necesidade da reforma, chama a atención a pouca claridade expositiva dalgúns dos seus parágrafos cunha reiteración e cunha mestura de conceptos que dificulta a súa lectura, ao mesmo tempo que existe unha escasa referencia ás normas constitucionais e ao resto do ordenamento que no último termo xustifican a promulgación dunha lei de tanta transcendencia, debendo ter en conta que a cita de preceptos e principios constitucionais constitúe a base lexitimadora da propia lei e que contribúe a orientar o interprete á hora da súa aplicación.

Nada hai que obxectar á parte III no relativo ao resumo do contido da lei. Con todo, respecto á afirmación de 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 á asunción*



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

de competencias penais polos xuíces civís” non é tan estraña a opción do lexislador, pois na tradición xurídica española existiu sempre a figura do xuíz de primeira instancia de instrución, ata hai poucas décadas con frecuencia único en moitos partidos xudiciais e con competencias civís como xuíz de primeira instancia e con competencias penais como xuíz de instrución.

No último parágrafo da exposición de motivos xustifícase a inclusión dunha disposición final para a transposición da directiva 2002/73/CE do Parlamento Europeo e do Consello relativa á igualdade de trato entre homes e mulleres nas condicións de traballo, co fin de abordar dunha maneira global a protección fronte ao acoso sexual, entendendo que aínda que sería susceptible de incluírse no concepto xenérico de violencia sobre a muller, a súa maior amplitude tal como se definen as directivas comunitarias aconsella un tratamento específico. Nada habería que obxectar a esta observación, aínda que son as propias directivas as que establecen o prazo de transposición, obrigatorio para os Estados membros, sen prexuízo de que neste caso o Reino de España poida optar por acurtar o devandito prazo; non obstante, a forza vinculante do precepto sería moi discutible pois, en calquera caso, soamente impón unha obriga ao propio lexislador. Dado que a disposición final décima terceira non establece realmente un prazo para a transposición da directiva, senón un prazo “de seis meses para contar desde a entrada en vigor da presente lei orgánica” para a elaboración dun proxecto de lei para a transposición da directiva, se o periodo de *vacatio legis* da lei orgánica que agora se informa é de seis meses (disposición final décima sexta), naturalmente para contar desde a súa publicación no Boletín Oficial do Estado, o prazo para elaborar o proxecto de lei de transposición é dun ano desde a publicación da lei orgánica no BOE, o que non quere dicir que a directiva estea efectivamente transposta nese prazo dun ano, cando a propia directiva no seu artigo 2.1 obriga a todos os Estados membros a efectuar a transposición a máis tardar o 5 de outubro de 2005, polo que podería reconsiderarse a conveniencia



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

da introdución da disposición final, pois pola propia directiva España está obrigada a ter nesa data elaborada a Lei de transposición, data que probablemente se alcanzará antes de que se cumpran as previsións da disposición final, dada a necesaria tramitación parlamentaria da lei.

2.- Medidas de sensibilización.

Os vogais que a subscribimos compartimos as medidas de sensibilización introducidas na lei, valorámolas positivamente e, aínda que con carácter xeral carece de competencias para informar sobre elas, o firme desexo de colaborar con outros órganos constitucionais obriga a efectuar algunha consideración para contribuír á mellora do texto no que se refire á súa efectiva aplicabilidade e incidencia sobre os procesos.

Valórase positivamente o esforzo que se realiza por introducir no sistema educativo unha formación específica para a resolución pacífica de conflitos e a eliminación de obstáculos que dificultan a plena igualdade de sexos, así como a formación no respecto dos dereitos e liberdades fundamentais e no exercicio da tolerancia e da liberdade dentro dos principios democráticos de convivencia. A erradicación da violencia sobre a muller esixe a adopción de medidas educativas, fomentando a igualdade de sexos e eliminando os roles sociais establecidos. A sensibilización social e a potenciación da importancia do papel da muller na vida diaria é fundamental para construír a súa verdadeira imaxe, debendo acabar coa cultura sexista que leva consigo o sentido de supremacía do home sobre a muller, á que se lle asignan cualidades como a docilidade e o sometemento ao varón, especialmente dentro do matrimonio ou da convivencia en parella. A clave do cambio que se debe operar neste problema está nunha firme e decidida aposta pola plena eficacia das medidas educativas.



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

Así, chama a atención que, buscándose a protección da dignidade da muller, recoñecida no art. 10 da Constitución e nos textos internacionais, soamente se impoña aos medios de comunicación de titularidade pública o deber de velar pola protección e salvagarda da igualdade entre home e muller, evitando toda discriminación ilícita entre eles. É certo que o precepto pode considerarse superfluo, pois todos os particulares e poderes públicos están obrigados ao respecto e tutela dos dereitos e liberdades por estar así consagrado na Constitución e no resto do ordenamento xurídico, pero se se introduce un art. como o 9 que comentamos non se entende moi ben porque non se pode esixir a calquera medio de comunicación en xeral a protección e salvagarda da igualdade entre home e muller, con independencia de que cos medios legais xa existentes poidan perseguirse as condutas discriminatorias.

No ámbito sanitario, e sen prexuízo do que se establece no art. 27, relativo aos plans de colaboración, podería ser conveniente potenciar a aplicación dos protocolos sanitarios normalizados xa existentes e aprobados polo Consello interterritorial do sistema nacional da saúde nos que os profesionais sanitarios deixen constancia concreta e precisa da detección precoz de violencia sobre a muller, protocolos que poden ter extraordinaria importancia á hora de facilitar ás vítimas a denuncia e aos órganos xurisdicionais e equipos colaboradores a valoración deses primeiros signos constatables de violencia.

3.- Dereitos das mulleres vítimas de violencia

O artigo 12 do anteproxecto contén unha mera declaración de principios sen contido normativo ningún, pese a que o seu título é o de “*garantía dos dereitos das vítimas*”. Por iso propónse a súa inclusión na exposición de motivos.



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

En canto ao dereito á información recoñecido no artigo 13 valorando positivamente o precepto, podería ser conveniente poñelo en relación co art. 15 relativo á asistencia xurídica, co fin de garantir expresamente a adecuada información e asesoramento xurídico previo ao inicio das actuacións procesuais, asesoramento que sería prestado por letrados dos servizos especializados de asistencia xurídica en materia de violencia doméstica ou sobre a muller e a través das quendas que se establezan segundo os convenios asinados ou que se poidan asinar cos distintos colexios de avogados, garantindo ademais esa información durante as 24 horas do día.

No artigo 14 establécese 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. Por unha parte obsérvase unha falta de precisión en canto o cal será a estrutura destes servizos sociais, composición e incardinación dentro da administración do Estado, fundamental para xustificar a súa lexitimación. Por outra parte, a súa capacidade é en principio ilimitada ao non especificarse cales son as medidas concretas que poden solicitar do xuíz, aínda que non cabe duda de que en xeral a previsión é acertada dada a trascendencia social que ten a violencia sobre a muller e a necesidade de que se poñan en coñecemento do xuíz tales situacións a fin de que se adopten as medidas oportunas.

O artigo 15 ocúpase da asistencia xurídica, precepto que debe poñerse en relación tanto co art. 119 da Constitución Española como a Lei 1/1996, 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 coherencia do ordenamento xurídico que se reformase a citada Lei 1/1996, incorporando o art. 15 que comentamos. Supón un importante paso que a vítima da violencia sobre a muller teña dereito á defensa e representación gratuíta, aínda non sendo preceptiva, e sempre que



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

careza de recursos, en todos os procesos nos que sexa parte e nos procedementos administrativos, así como que unha mesma dirección letrada asuma a defensa da vítima en todos os procesos e reclamacións que teñan causa directa ou indirecta na violencia padecida. Non obstante, sería conveniente, ao abeiro do xa indicado ao comentar o art. 13, 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 art. 21 da Lei de asistencia xurídica gratuíta, xa que en concreto 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 urxencia do caso, debe ditarse 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.

Resulta positiva a concesión dos dereitos laborais e de seguridade social que se conceden ás traballadoras e funcionarias vítimas de violencia que se contemplan nos artigos 16 a 21 do anteproxecto, estando xustificado que se acredite a concorrencia das circunstancias que dan lugar ao recoñecemento de tales dereitos coa orde de protección a favor da vítima ou, no seu defecto, polo informe do Ministerio Fiscal que indique a existencia de indicios de que o demandante é vítima de violencia sobre a muller, pois ao Ministerio Fiscal, segundo o seu estatuto orgánico, correspóndelle a defensa da legalidade e dos dereitos dos cidadáns e debe velar pola protección procesual das vítimas, promovendo os mecanismos previstos para que reciban a axuda e asistencia efectivas. Debe terse presente que a adopción das medidas, consecuencia inmediata dos dereitos que se lles recoñecen, deben ser adoptadas o máis rápidamente posible se se quere que sexan eficaces polo que, en xeral, non é



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

aconsellable ter que esperar a un pronunciamento xudicial ao respecto, como pode ser o auto de procesamento ou de apertura do xuízo oral, sen que a simple incoación do procedemento, por si soa, indique a existencia de indicios de violencia sobre a muller. Non obstante, pode haber casos nos que non estea xustificada a urxencia, en cuxo caso non debe existir inconveniente ningún para que unha resolución xudicial constitúa o elemento de acreditación da concorrencia das circunstancias que dan lugar ao recoñecemento dos dereitos recoñecidos, xa que o xuíz non pode emitir informes de ningún tipo nin menos se implican prexulgar.

Debería valorarse a articulación de fórmulas para a solución dos conflitos que puidesen xurdir da falta de acordo entre as partes, a concesión dunha certa marxe de arbitrio xudicial para modular ou ampliar os dereitos das traballadoras afectadas de persistir a situación de violencia máis alá dos límites inicialmente previstos, a posible cualificación como despido nulo coa obriga de readmitir o efectuado pola empresa para impedir á traballadora vítima o exercicio dos dereitos recoñecidos na lei integral, así como reflexionar sobre posibles sistemas para protexer as vítimas que ostenten a condición de traballadoras autónomas.

Por último, obsérvase un simple erro mecanográfico no artigo 21 porque remite ao artigo 17 cando debería remitir ao artigo 18.

4.- Tutela institucional

Valórase positivamente a tutela institucional a través da creación dunha Delegación de Goberno contra a violencia sobre a muller e dun Observatorio nacional, así como as medidas previstas para a creación de unidades



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

especializadas nas Forzas e Corpos de Seguridade do Estado e para a colaboración das policía locais.

En relación co artigo 25, 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. 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 en 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:

- 1) O traballo de investigación de seguimento das sentenzas e resolucións xudiciais ditadas polos xuíces, a fin de coñecer de que forma se aplican as leis que as cámaras legislativas aproban e para avaliar a eficacia das reformas legislativas.
- 2) Creación dun rexistro central para a protección das vítimas da violencia doméstica, incluído na Lei 27/2003, do 31 de xullo, reguladora da orde de protección e aprobado por Real decreto 355/2004.
- 3) Reunións do Observatorio con colectivos e asociacións implicados na materia.
- 4) Traballos de divulgación especialmente entre xuíces, fiscais, avogados, procuradores, administracións públicas, universidades, asociacións, valedor do pobo, servizos sociais, etc.
- 5) Creación da Comisión de Seguimento da Orde de Protección, integrada por representantes do Consello Xeral do Poder



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

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 adecuados para a coordinación entre os xuíces e tribunais e as administracións públicas. 6) Formación de xuíces e maxistrados, despois de realizarse no ano 2003 un congreso e tres cursos e no ano 2004 un seminario.

Os vogais asinantes consideran 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 funcionarial, cinguíndose ao da Administración de Xustiza, ocupándose da recollida de datos en relación coa actividade xudicial, elaborando estatísticas 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.

No que respecta ao artigo 26 é evidente que se fai necesaria a cooperación entre as distintas administracións e moi especialmente coas forzas e corpos de seguridade, debendo ter en conta ao respecto que a través da comisión de seguimento para a implantación da orde de protección das vítimas de violencia doméstica elaborouse un protocolo de actuación das Forzas e Corpos de Seguridade e de Coordinación cos órganos xudiciais para a protección das vítimas da violencia doméstica e de xénero, protocolo



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

que foi aprobado pola comisión de seguimento na sesión do 10 de xuño de 2004 e que entrará en vigor no prazo dun mes desde a súa aprobación.

O mesmo cabe dicir con respecto ao artigo 27, pois non cabe dúbida de que a loita contra a violencia sobre a muller debe ser integral e afecta a todas as administracións e colectivos, polo que só pode ser eficaz se se establecen plans de colaboración.

O ámbito fixado no art. 28 (arts. 148.4, 171.4 e 172.2 do Código Penal) é demasiado reducido e deberá estenderse ao fixado no art. 1.2.

Peza clave neste observatorio é a Fiscalía Xeral do Estado. O esquecemento do Ministerio Fiscal polo Goberno dá lugar a situacións un tanto esperpénticas como a sinatura dun Convenio polos ministros de Asuntos Sociais e Xustiza e o Consello Xeral do Poder Xudicial para a creación dun Observatorio da Violencia Doméstica para o seguimento das sentenzas ditadas nesta área, participando o fiscal xeral como mero espectador, pese a que a institución que dirixe coñece, ou debera coñecer, todas as sentenzas que se ditén en todo o territorio porque todas se lle notifican, non para que as “observe”, senón para que as recurra e para que corrixa calquera extravío xudicial, corrección que está vedada ao Consello Xeral do Poder Xudicial en virtude do principio de independencia xudicial. Por maior abastanza, o Fiscal Xeral do Estado, tras examinar polos fiscais especializados tal material inxente, está en condicións óptimas para coñecer cales son os puntos débiles da persecución penal nesta materia e esixir aos fiscais especialistas ou outros, en virtude do principio de xerarquía e dependencia, que exerciten a acción penal con contundencia, que recurran as sentenzas se é o caso, o máximo celo na investigación e na petición de medidas cautelares e corrixir o incumprimento das instrucións que se ditén ou o seu morno cumprimento.



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

O lexislador, unha vez máis, esqueceu que o Ministerio Fiscal é unha peza clave da política criminal e atribúelle na Lei que nos ocupa un pobre papel procesual e escasos medios.

Tendo en conta a vontade política de producir un xiro na Lei de axuizamento criminal atribuíndo ao Ministerio Fiscal a dirección da investigación penal, debe aproveitarse a Lei integral contra a violencia domestica para iniciar o cambio anunciado, atribuíndo ao Ministerio Fiscal competencias investigadoras no ámbito limitado desta Lei, como xa se fixo no seu momento coa Lei do menor.

5.- Tutela penal

Neste punto sería desexable que, como peche ao sistema de punición de condutas contra a muller, se incorporase o especial propósito buscado polo autor. Non esquezamos que é o verdadeiro punto de inflexión e o que supera as críticas de que cando o realiza o home é delito e cando o realiza a muller é falta. Non é verdade: o delito será cando a ameaza ou coacción sexan co propósito de favorecer....

Posible redacción:

Artigo 29.- Protección contra as ameazas. Engádense dous apartados, numerados como 4 e 5, ao artigo 171 do Código Penal, que terán a seguinte redacción:

4. O que co propósito de favorecer a discriminación, a desigualdade e as relacións de poder dos homes sobre as mulleres, ameace de modo leve a quen sexa ou fose a súa esposa ou á muller que estea ou estivese ligada a el por unha análoga relación de afectividade aínda sen convivencia,



será castigado coa pena de prisión de seis meses a un ano ou de traballos en beneficio da comunidade de trinta e un a oitenta días e, en todo caso, privación do dereito á tenza e porte de armas dun ano e un día a tres anos así como, cando o xuíz ou tribunal o considere axeitado ao interese do menor ou incapaz, inhabilitación especial para o exercicio da patria potestade, tutela, curatela, garda ou acollemento ata cinco anos. Non obstante o previsto no parágrafo anterior, o xuíz ou tribunal, razoándoo en sentenza, en atención ás circunstancias persoais do autor e ás concorrentes na realización do feito, poderá impoñer a pena inferior en grao.

5. O que co propósito de FAVORECER a discriminación, a desigualdade e as relacións de poder dos homes sobre as mulleres, de modo leve ameace con armas ou outros instrumentos perigosos a algunha das persoas ás que se refire o artigo 173.2, exceptuadas as contempladas no apartado anterior deste artigo, será castigado coa pena de prisión de tres meses a un ano ou traballos en beneficio da comunidade de trinta e un a oitenta días e, en todo caso, privación do dereito á tenza e porte de armas dun ano a tres anos así como, cando o xuíz ou tribunal o estime adecuado ao interese do menor ou incapaz, inhabilitación especial para o exercicio da patria potestade, tutela, curatela, garda ou acollemento por tempo de seis meses a tres anos. Impoñeranse as penas na súa metade superior cando o delito se perpetre en presenza de menores ou teña lugar no domicilio común ou no domicilio da vítima ou se realice quebrantando unha pena das contempladas no artigo 48 deste Código ou unha medida cautelar ou de seguridade da mesma natureza.

Artigo 30.- Protección contra as coaccións. O contido actual do artigo 172 do Código Penal queda numerado como apartado 1 e engádese un apartado 2 a dito artigo coa seguinte redacción: "2. **O que co propósito de favorecer a discriminación, a desigualdade e as relacións de poder dos**



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

homes sobre as mulleres, coaccione de modo leve a quen sexa ou fose a súa esposa, ou muller que estea ou estivese ligada a el por unha análoga relación de afectividade, aínda sen convivencia, será castigado coa pena de prisión de seis meses a un ano ou de traballos en beneficio da comunidade de trinta e un a oitenta días e, en todo caso, privación do dereito á tenza e porte de armas dun ano e un día a tres anos así como, cando o xuíz ou tribunal o estime adecuado ao interese do menor ou incapaz, inhabilitación especial para o exercicio da patria potestade, tutela, curatela, garda ou acollemento ata cinco anos. Non obstante o previsto no parágrafo anterior, o xuíz ou tribunal, razoándoo en sentenza, en atención ás circunstancias persoais do autor e ás concorrentes na realización do feito, poderá impoñer a pena inferior en grao".

Disposición final décima.- Modificación do Código Penal. Un. Modifícase o artigo 148 do Código Penal, que queda redactado da seguinte forma: "As lesións previstas no apartado 1 do artigo anterior poderán ser castigadas coa pena de prisión de dous a cinco anos, atendendo ao resultado causado ou risco producido: 1º Se na agresión se utilizaron armas, instrumentos, obxectos, medios, métodos ou formas concretamente perigosas para a vida ou saúde, física ou psíquica, do lesionado. 2º Se houber mediado asañoamento. 3º Se a vítima for menor de doce anos ou incapaz. **4º Se as lesións foron causadas co propósito de favorecer a discriminación, a desigualdade e as relacións de poder dos homes sobre as mulleres**, e a vítima fose esposa, ou muller que estivese ligada ao autor por unha análoga relación de afectividade, aínda sen convivencia".

6.- Tutela xudicial

Polo que respecta ao punto tan criticado no informe sobre a creación de xulgados de violencia sobre a muller, causa asombro o exposto nos folios 52 a 59, cuxo contido é tan prolixo como desacertado, a argumentación é



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

mendaz e, desde logo, non se mencionou noutras ocasións, afírmase así que o “xuíz da orde xurisdiccional penal só coñece de asuntos penais e unicamente nas materias propias doutra orde xurisdiccional que incida no proceso penal como cuestión prexudicial e critica asperamente o anteproxecto “porque vai máis alá ao atribuír ao órgano penal denominado xulgado de violencia doméstica sobre a muller materias propias da orde xurisdiccional civil, non con carácter prexudicial, senón principal”, o que cualifica de conmixión de xurisdicións; esta afirmación é se cabe máis desconcertante ca as anteriormente indicadas. Existe no proceso penal, xa desde o século XIX, unha acumulación heteroxénea de accións –a civil e a penal- a favor dunha protección máis eficaz da vítima. Esta acumulación heteroxénea de accións prodúcese ope legis; así, dispón o art. 112 da Lei de axuizamento criminal que “exercitada só a acción penal, entenderase utilizada tamén a civil a non ser que o danado ou prexudicado a renunciase ou a reservase expresamente para exercitala despois de terminado o xuízo criminal, se a iso houber lugar”; o art. 110 do mesmo texto legal permite “aos prexudicados por un delito ou falta mostrarse parte na causa e exercitar as accións civís e penais que procedan, segundo lles conviñese”. Non parece, por outro lado, que se en favor da protección da vítima o lexislador tivese a ben acumular ao proceso penal outras accións civís, mereza un especial reproche tendo en conta dos antecedentes do século XIX que, coidadosamente, se esconderon no informe.

Quen isto redacta descoñece se se debateu, con ocasión do informe evacuado polo Consello sobre a Lei concursal, sobre o que imos chamar xocosamente conmixión de xurisdicións, desde logo se existiu debate non se reflectiu no informe, posto que se destaca o acerto da iniciativa legislativa. A Lei orgánica 8/2003, do 9 de xullo, modifica a Lei orgánica do poder xudicial e no asunto que aquí nos ocupa no novo artigo 86 ter. Confírese aos xulgados do mercantil competencia para “coñecer das accións sociais que teñan por obxecto a extinción, modificación ou suspensión colectiva dos



contratos de traballo nos que sexa empresario o concursado, así como a suspensión ou extinción de contratos de alta dirección, sen prexuízo de que cando estas medidas supoñan modificar as condicións establecidas en convenio colectivo aplicable a estes contratos requirirase o acordo dos representantes dos traballadores. No axuizamento destas materias, e sen prexuízo da aplicación das normas específicas da Lei concursal, deberán terse en conta os principios inspiradores da ordenación normativa estatutaria e do proceso laboral”. A conmixti3n segue no art. 197.7 da Lei concursal do 9 de xullo de 2003, que disp3n que “contra a sentenza que resolva incidentes concursais relativos a accións sociais cuxo coñecemento corresponde ao xuíz do concurso caberá o recurso de suplicaci3n e os demais recursos previstos na Lei de procedemento laboral sen que ningún deles teña efectos suspensivos sobre a tramitaci3n do concurso nin de ningunha das súas pezas”. Por outra parte, seguindo coa confluencia de xurisdicci3ns, a disposici3n final d3cima quinta da mencionada Lei concursal reforma o texto refundido da Lei de procedemento laboral, aprobado por Real decreto lexislativo 2/95, do 7 de abril, no apartado 1 do art. 188, que queda redactado así: “as salas do social dos tribunais superiores de xustiza coñecerán dos recursos de suplicaci3n que se interpoñan contra as resoluci3ns ditadas polos xulgados do social da súa circunscrici3n, así como contra os autos e sentenzas que poidan ditar os xuíces do mercantil que se encontren na súa circunscrici3n e que afecten ao dereito laboral e engádese un parágrafo 5 ao art. 189 coa seguinte redacci3n: “os autos e sentenzas que se diten polos xulgados do mercantil no proceso concursal e que resolvan cuesti3ns de carácter laboral”.

O título V da lei contén un conxunto de prescripci3ns, a maior parte delas de orde procesual, que cambiando os criterios tradicionais referentes á competencia do “xuíz natural” os alteran a fin de compensar as dificultades de carácter social e cultural que, de acordo co exercicio do dereito fundamental



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

á tutela xudicial efectiva, padecen con frecuencia as mulleres que foron vítimas de condutas violentas.

Catro son as principais modificacións que para o efecto introduce a lei comentada:

- Creación dunha “xurisdición” especial rexida polas súas propias regras de competencia (art. 33).
- Alteración das regras de competencia obxectiva, conferindo a esta nova “xurisdición especial” unha vis atractiva para os procesos civís respecto aos que se produce unha determinada conexión (art. 38).
- Alteración das tradicionais regras de competencia territorial (art. 39).
- Establecemento dun conxunto de medidas xudiciais de protección e de seguridade das vítimas (arts. 41/49).

Dado que este conxunto de medidas representa, como xa quedou dito, unha alteración de criterios tradicionais en relación co exercicio dun dereito fundamental, o dereito á tutela xudicial efectiva procedería con carácter previo a analizar en que medida estas previsións normativas representan unha discriminación vedada polo art. 14 da Constitución ou, polo contrario, son perfectamente acordes coa Constitución. Ao respecto xa tivemos ocasión de dicir como, sendo innegable que o que se pretende é loitar contra unha realidade social desigual, protexer máis eficazmente a dignidade da muller acudindo a mecanismos que garantan mellor a tutela xudicial efectiva partindo de que existen desigualdades de inicio, xustifica, de acordo coa doutrina constitucional xa citada, as modificacións ás que fixemos referencia.

O prelexislador parte da idea de crear xulgados especializados de violencia sobre a muller, do mesmo modo que xa os hai para a familia,



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

menores, ou vixilancia penitenciaria. Non se trata de crear unha orde xurisdiccional nova ou unha rama do ordenamento despois de optarse por incluír dentro da orde penal unha especialización que obedece a unha especial necesidade social e que atrae competencias civís. Con independencia da denominación, segundo o previsto nos convenios internacionais citados e nos datos de que se dispón a través das estatísticas xudiciais obtidas e analizadas polo Observatorio contra a violencia doméstica e de xénero, estímase necesaria a creación destes órganos cando menos alí onde o número de asuntos o aconselle e sen prexuízo da reconversión dalgúns xulgados de instrución ou a asunción das competencias dos novos órganos por xulgados xa existentes compatibilizándoas coas propias, distribución que deberá facerse posteriormente en función dos datos de que se dispoñan, despois de incluírse xa na memoria económica que se acompaña ao anteproxecto a previsión de 21 novos xulgados, así como as dotacións para a adaptación dos xa existentes, nos que sería necesario crear un equipo multidisciplinar composto por psicólogo e asistente social, co que ascenderían a 396 el número de partidos xudiciais necesitados de adaptación.

Se o que se pretende é unha maior especialización dos órganos xurisdicionais e ao mesmo tempo que os competentes en materia de violencia sobre a muller fagan un seguimento completo da problemática na que se ve inmersa cada muller, e en definitiva a familia ou os que con ela conviven, podería ser conveniente formularse a especialización ou polo menos a asunción de competencias na materia por determinados xulgados do penal, pois en definitiva un gran número de asuntos van ser axuizados por eles.

No artigo 33 súmase un art. 87 ter á Lei orgánica do poder xudicial para atribuír competencia penal e civil aos xulgados de violencia sobre a muller e, sen prexuízo de recordar de novo as observacións efectuadas ao art. 1 do anteproxecto, convén facer unha serie de precisións. A primeira delas refírese



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

á inclusión no ámbito competencial dalgúns delitos que, como o da tortura, tecnicamente non encaixan moi ben na lista de delitos incluídos no precepto, debendo entender que o anteproxecto quere referirse en sentido estrito aos delitos contra a integridade moral unicamente e non a todos os que se refire o título VII do libro II do Código Penal. Tampouco encaixan todos aqueles cometidos con violencia ou intimidación, pois formúlase a dúbida de que relación poden ter co obxecto da Lei delitos nos que hai violencia ou intimidación, como son os delitos contra os cidadáns estranxeiros, realización arbitraria do propio dereito, roubo con violencia ou intimidación, extorsión, detencións ilegais, delitos contra a liberdade de conciencia, os sentimentos relixiosos e o respecto aos defuntos.

Suxírese a conveniencia de incluír entre a competencias dos xuíces de violencia sobre a muller a instrución dos procesos para esixir responsabilidade penal polos delitos cometidos sobre os fillos da vítima, ben de forma directa ou indirecta e en canto garden conexión coa situación da nai, pois non cabe dúbida de que os fillos son utilizados con frecuencia como un instrumento de violencia contra a muller, sen prexuízo do maltrato psicolóxico que, en todo caso, sofren, xa que tal forma de violencia vai condicionar o desenvolvemento posterior da muller e dos seus fillos, o que poderá, en ocasións, ser causa da perpetuación da violencia no seo familiar.

Igualmente debería incluírse entre as competencias do xuíz de violencia sobre a muller a de instruír en todo tipo de delitos, dentro do ámbito propio, definido no artigo 1 do anteproxecto, e á marxe da observación feita sobre o elemento intencional que introduce, e de acordo co exposto na exposición de motivos, tamén dos que se produzan na vida pública e non só na privada, como podería pensarse nunha interpretación estrita do artigo 87 ter. 1 a) LOPX que se introduce no artigo 33 do anteproxecto.



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

Debe mellorarse a técnica lexislativa do apartado 2º do art. 87 ter da LOPX na que se utiliza a expresión “*poderán coñecer na orde civil*”, pois non parece senón que deixa á opción dos xuíces e tribunais decidir sobre o coñecemento real e efectivo dos asuntos que enumera a continuación. Debe reflexionarse con detemento acerca de se todos os asuntos enumerados, de evidente contido civil, deben ser sempre da competencia dos xulgados de violencia sobre a muller, pois mentres nalgúns é fácil pensar que unha conduta violenta ten especial transcendencia, como pode ocorrer nos casos de separación e divorcio ou nas disputas sobre o exercicio da patria potestade e a garda e custodia dos fillos, outras quedan moi afastadas e nada teñen que ver coa violencia. Así se pode cuestionar, en xeral, a asunción de competencias en materia de filiación, maternidade e paternidade, recoñecemento de eficacia civil das resolucións ou decisións eclesiásticas en materia matrimonial e as que versen sobre a necesidade de asentimento na adopción das letras b), d) e h) do artigo 87 ter.2 e considérase a referencia na letra f) a “*medidas de transcendencia familiar*”.

No apartado 3º do art. 87 ter. establécense os requisitos que deben concorrer para que o xuíz de violencia sobre a muller asuma competencias na orde civil. O precepto, non obstante, considérase incompleto ao non establecerse ningunha previsión acerca do que ocorrería se non se admitise trámite a denuncia ou querela ou se se ditase un auto de sobresemento ou se se dese algunha outra forma de terminación do proceso.

Por último, o apartado 4º prevé que o xuíz inadmita a pretensión, remitíndoa ao órgano xudicial competente cando “*de forma notoria*” os actos non constitúan expresión de violencia sobre a muller, nunha fórmula tan sumamente xenérica e etérea que, se se pon en relación co art. 1 do anteproxecto fai difícil determinar as regras de competencia, pois moitas veces non será fácil determinar ata que punto a violencia se exerce como instrumento



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

para manter a discriminación, a desigualdade e as relacións de poder dos homes sobre as mulleres ou determinar se o principal factor de risco o constitúe o feito de ser muller.

No que respecta aos artigos 34 e 35, en materia de recursos, debe entenderse que naquelas audiencias provinciais nas que existe unha única sección mixta, será a competente en calquera caso para coñecer dos recursos.

Xa se tivo ocasión de comentar nas consideracións xerais sobre a oportunidade do anteproxecto de lei orgánica, a importancia que ten a formación específica na igualdade e na non discriminación, formación que indudablemente xa se leva a cabo para os xuíces e maxistrados a través dos programas da escola xudicial e de formación continua, estando previsto que os plans obrigatorios de formación continua teñan por obxecto unha mellor formación dos xuíces que se especializan e o estudo das novas leis que se promulguen, todo iso sen prexuízo de que os xuíces, maxistrados e os membros do Ministerio Fiscal recibiron sempre unha formación completa en materia de protección de dereitos humanos e liberdades fundamentais e teñen asumidos os principios que inspiran a nosa Constitución e os textos internacionais existentes na materia.

O artigo 38 do anteproxecto introduce un novo artigo 49 bis na Lei de axuizamento civil para fixar os criterios de competencia obxectiva nos casos de violencia sobre a muller. O precepto presenta algunhas deficiencias que conviría mellorar no texto definitivo. Entre outras consideracións debemos recordar que o procedemento civil cambiou radicalmente na nova Lei 1/2000 de axuizamento civil, rexendo os principios de oralidade, concentración e inmediación. Isto determina que, con independencia da regulación concreta das cuestións de competencia, sexa difícil articular un sistema procesual coherente polo que o xuíz requirido deberá inhibirse a favor do xuíz de



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

violencia sobre a muller e “*deberá remitir os autos no estado no que se achen*”, pois se se iniciou xa a fase do xuízo oral, os principios antes citados imponen que sexa o mesmo xuíz que está a coñecer do xuízo o que deba ditar a sentenza, polo que debe establecerse un límite temporal a esa obrigación de remisión dos autos.

No apartado segundo do mesmo artigo, prevese unha comparecencia ante o xuíz ou tribunal que está a coñecer do procedemento civil co fin de que o Ministerio Fiscal tome coñecemento de cantos datos sexan relevantes sobre os feitos violentos, comparecencia na que o xuíz non ten máis intervención que a de convocala e dirixila, sen que ao final deba adoptar decisión ningunha, polo que se suxire a posibilidade de que a comparecencia se realice directamente ante o propio Ministerio Fiscal co fin de que decida se debe ou non presentar a correspondente denuncia, con independencia de que a decisión sexa inmediata ou se lle deixe un prazo de reflexión e estudo para interpoñela de 24 horas, como sinala o anteproxecto, comparecencia que se realizaría sobre a base do testemuño das actuacións libradas polo xuíz que coñecía do proceso civil. En calquera caso, a intervención do Ministerio Fiscal non debe ser un obstáculo para que as partes vítimas da conduta violenta poidan interpoñer a correspondente denuncia ou o xuíz de oficio poida deducir o oportuno testemuño.

Con respecto ao apartado terceiro, debemos reiterar a observación feita anteriormente en relación coa realización do xuízo oral.

O apartado catro pode dar lugar a algúns problemas, xa que se ben é certo que desde un punto de vista é aconsellable non demorar a remisión dos autos ao establecer un trámite de audiencia ás partes e ao Ministerio Fiscal, por outra parte, loxicamente existirá sempre o dereito de discutir a competencia obxectiva ao apelar contra a resolución definitiva que se dite e de ser estimada



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

a incompetencia alegada habería que iniciar de novo o procedemento cunha demora no trámite aínda maior. Polo tanto, debería estudarse a posibilidade de deixar en vigor, tamén nestes casos, o artigo 48.3 da LEC ou, simplemente, reducir o prazo común de 10 días para alegacións ou para oír as partes nunha comparecencia de realización inmediata.

Suxírese a conveniencia de que naqueles casos, polo demais frecuentes, nos que hai denuncias cruzadas, é dicir, o cónxuxe ou ligado á muller por análoga relación de afectividade, con convivencia ou sen ela, interpón unha denuncia contra a muller e logo ela interpón outra contra o mesmo varón, asuma sempre a competencia o xuíz de violencia sobre a muller, debendo inhibirse, se é o caso, calquera outro xuíz que estivese a coñecer do asunto.

En calquera caso, debería analizarse a conveniencia de estudar e, se é o caso, modificar a redacción dos artigos 5 da LACr. e 40 da LAC referentes á prexudicialidade, co fin de adaptalos á nova normativa e evitar disfuncións.

No artigo 39 súmase un novo artigo 15 bis na Lei de axuízamento criminal, atribuíndo a competencia territorial para estes especiais delitos e faltas ao xuíz do lugar do domicilio da vítima, sen prexuízo da adopción da orde de protección ou medidas urxentes do artigo 13 da mesma Lei, que puideron ser adoptadas polo xuíz do lugar de comisión dos feitos. Esta última parte do precepto podería completarse engadindo “*actuando en funcións de garda e sen prexuízo da remisión das actuacións ao xuíz de violencia sobre a muller*”. Pero a principal observación que se pode facer ao precepto é que altera o principio xeral do forum delicti comisii a favor do foro do lugar do domicilio da vítima, o que en principio a beneficia notablemente e permite o seguimento de todos os problemas de violencia por un mesmo xuíz próximo. Non obstante, pódense formular problemas ao relacionar este precepto co novo



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

artigo 17 bis da LACr introducido polo artigo 40 do anteproxecto e que fai referencia á competencia por conexión. Pénsese na comisión dun delito de violencia sobre a muller que cambiou de domicilio como consecuencia da execución dunha sentenza ditada polo xuíz de violencia sobre a muller nun procedemento penal ou civil previo. Nestes casos, e atendendo ao espírito e finalidade da lei, parece razoable que sexa o mesmo xuíz que coñece do conxunto do problema o que instrúa polo novo delito e, non obstante, non estamos en presenza de ningún dos supostos previstos nos números 3 e 4 do actual artigo 17 da LACr. e a única posibilidade de acudir á conexión é entender aplicable o punto quinto do mesmo artigo 17, aínda que sempre de forma un tanto forzada.

En canto ás medidas xudiciais de protección e de seguridade das vítimas, estímase que podería ser conveniente a favor da unidade e integridade do ordenamento xurídico modificar as leis procesuais nas que se deberían incluír todas as novas medidas de protección e seguridade. Así, o artigo 41 debe poñerse en relación coas medidas previstas nos artigos 13 e 544 bis da Lei de axuizamento criminal ou coas medidas de seguridade do artigo 105 do Código Penal. O artigo 42 necesitaría de maior desenvolvemento e debe entenderse sempre en función do establecido no artigo 1 do anteproxecto.

Maiores problemas presenta o artigo 43. Asumindo que, na medida do posible, debe protexerse a intimidade das vítimas, en especial os seus datos persoais, dos seus descendentes e de calquera outra persoa que estea baixo a súa garda ou custodia, a regra xeral debe ser que as vistas se desenvolvan con publicidade, sen prexuízo de que, excepcionalmente, e previa motivación do xuíz ou tribunal, de oficio ou a instancia de parte, se acorde desenvolve-las a porta pechada e isto con independencia de que sexan civís ou penais e sen prexuízo de que a vítima-testemuña poida verse amparada pola Lei 19/1994 de



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

protección de testemuñas e todo iso para dar pleno cumprimento ao establecido no artigo 120 da Constitución.

Valóranse positivamente as medidas previstas nos artigos seguintes. A necesidade de que se adopten sempre mediante auto motivado no que se aprecie a súa proporcionalidade e necesidade pero en concreto nas previstas nos artigos 45 e 46 debe insistirse en que hai que atender sempre ao preferente interese do menor. En efecto, estes preceptos aluden, concisamente, ás medidas de suspensión da patria potestade e custodia de menores e suspensión do réxime de visitas. E isto a continuación das medidas de saída do domicilio, afastamento ou suspensión das comunicacións (art. 44) e antes da medida de suspensión do dereito á tenza, porte e uso de armas e isto merece unha crítica porque a protección das vítimas por si soa nunca pode ser determinante da suspensión ou privación da patria potestade sobre os fillos e isto aínda que as contendas ao respecto sexan un factor criminóxico e de risco para a muller; en definitiva, aínda que se utilicen aos fillos como arma de conflito. Todo iso sen prexuízo de que se adopten todas as medidas necesarias para que os proxenitores exerzan os seus dereitos sen que exista risco para a vítima muller. Contienden aquí os dereitos do proxenitor, do neno e da muller vítima da violencia sen que os desta última sexan prevalentes. A Convención das Nacións Unidas sobre os Dereitos do Neno impón aos estados participantes, e España éo, “velar porque o neno non sexa separado dos seus pais contra a súa vontade, excepto cando a reserva da revisión xudicial as autoridades competentes determinen, de conformidade coa lei e os procedementos aplicables, que a tal separación é necesaria no interese superior do neno. Tal determinación pode ser necesaria en casos particulares, por exemplo nos casos en que o neno sexa obxecto de maltrato ou descoido por parte dos seus pais ou cando os pais vivan separados e debe adoptarse unha decisión acerca do lugar de residencia do neno” (art. 9.1). No art. 3 apartado 2, dice que os “Estados participantes comprométense a asegurar ao



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

nenos a protección e o coidado que sexan necesarios para o seu benestar, tendo en conta os dereitos e deberes dos seus pais, tutores ou outras persoas responsables del ante a Lei. Con ese fin tomarán todas as medidas lexislativas e administrativas adecuadas”. O mesmo precepto dispón que “En todas as medidas concernentes aos nenos que tomen as institucións públicas ou privadas de benestar social, os tribunais, as autoridades administrativas, unha consideración primordial a que se atenderá será o interese superior do neno”. “Os Estados participantes respectarán o dereito do neno que estea separado dun ou ambos proxenitores a manter relacións persoais e contacto directo con ambos os dous pais de modo regular, salvo se iso é contrario ao interese superior do neno”.

Non convén esquecer a xurisprudencia do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos e a súa interpretación do art. 8 do Convenio Europeo para a Protección de Dereitos Humanos e Liberdades Fundamentais. Especialmente significativas son as sentenzas do 23-9-94, 7-8-96, 11-7-2000, 13-7-2000, 17-12-2002, 14-1-2003 e tantas outras decisivas para o amparo do dereito de visita dos proxenitores.

Con respecto ao artigo 48 talvez conviría permitir que, excepcionalmente e por razóns de urxencia, o xuíz adopte algunha das medidas previstas cando razóns de urxencia o aconsellen, sen prexuízo de que, posteriormente, poidan ser ratificadas garantindo os principios de contradición, audiencia e defensa ou sexan recorridas.

Con carácter xeral valórase positivamente a introdución do artigo 18 quater no Estatuto orgánico do Ministerio Fiscal co fin de dotalo de medios máis eficaces para a loita contra esta forma de violencia.



7.- Mutilación xenital feminina

A mutilación xenital feminina é unha manifestación máis da violencia de superioridade, de desprezo cara ao ser humano que implica a redución dunha persoa á condición de obxecto, de fardo, de mera cousa, a súa anulación como persoa libre; a negación, en definitiva, da súa dignidade como persoa.

Estas prácticas execrables que noutros tempos se producían noutros países (e que se seguen producindo) penetraron no noso país como consecuencia dos fluxos migratorios e é preciso combatelas con medidas preventivas, asistenciais e de intervención social a favor das vítimas, con disposicións incentivadoras das investigacións e coas novidades lexislativas que sexan precisas, con programas de educación e información que expoñan ás Comunidades afectadas con claridade as consecuencias que estes feitos teñen sobre a saúde física e psíquica das vítimas e o resultado aflitivo que pode ter para os autores de tan execrables feitos.

A persecución penal é un instrumento idóneo pero tivo escaso éxito no noso país, xa que non se coñece ningunha sentenza penal condenatoria pese á existencia dun tipo penal (art. 149 CP) nel que xa desde o século XIX sempre tivo perfecto encaixe tales condutas e, polo tanto, sen que fose imprescindible para a súa persecución o novo parágrafo introducido pola Lei 11/2003 de reforma do Código Penal que crea un tipo específico. Non obstante, benvinda sexa a reforma.

Certamente, existen dificultades de indagación e proba, ao ser as mutilacións realizadas por curandeiros da mesma comunidade ou ben chegados do estranxeiro e pola terrible lei do silencio. Non obstante, non se debe esquecer nunca o que se descobre canto se indaga e que o éxito de das investigacións é proporcional ao celo que nelas se poña.



Por outro lado, a persecución en España das mutilacións realizadas no estranxeiro en “viaxe de vacacións” presenta dificultades técnicas en virtude do principio da territorialidade da lei penal, se ben cabe afirmar a competencia dos tribunales españois cando se demostre que determinados actos de xestión, promoción ou favorecemento do delito tiveron lugar en España. As opinións contraditorias xeran impunidade e é preciso encher lagoas e afianzar o principio de seguridade xurídica e para tal fin é necesario suplir o esquecemento do lexislador cunha reforma do art. 23 da Lei orgánica do poder xudicial, incluíndo a mutilación xenital na lista de delitos que, segundo o principio de universalidade, poden ser perseguidos polos tribunais españois con independencia da nacionalidade dos autores e do país en que se cometa o delito.

8.- Disposicións adicionais.

A primeira das disposicións adicionais leva por título “pensión de viuvez”, cando realmente o apartado segundo non se refire á pensión de viuvez no sentido estrito, senón ás axudas previstas na Lei 35/1995 do 11 de decembro, de axudas e asistencia ás vítimas de delitos violentos e contra a liberdade sexual. Ao facer o precepto alusión a quen fora condenado, non concreta se a condena debe ser firme, debendo ter en conta o principio de presunción de inocencia e, por outra parte, súxírese valorar ata que punto debería quedar privado da pensión de viuvez o condenado pola comisión dun delito de lesións, pois a perda da pensión non deixa de ser unha sanción e pode quebrar o principio de proporcionalidade se temos en conta que actualmente calquera lesión, por leve que sexa, causada no ámbito desta lei é delito. Ademais, deberían articularse mecanismos para que o simplemente imputado ou o procesado vexa suspendido o seu dereito a obter a pensión de viuvez durante a tramitación da causa e ata que se dite sentenza firme. Se a sentenza fose



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

absolutoria, debería aboarse a pensión cos retrasos correspondentes á parte non percibida. Do contrario, podería darse o caso de que se solicitase e obtivese a pensión de viuvez percibíndoa mes a mes ata que se ditase sentenza condenatoria, formulándose entón o difícil problema de se a pensión obtida foi xa consolidada por entenderse percibida desde o momento do feito causante ou se, polo contrario, a eficacia da condena firme como causa da perda da pensión retrotrae os seus efectos ao momento dos feitos e, neste caso, a Seguridade Social tería dereito a instar un procedemento de reintegro de prestacións indebidas. Deben terse en conta as posibles repercusións que, se é o caso, podería ter o non aboamento da pensión para os fillos do posible beneficiario. Ao respecto hai que ter en conta a resolución do 2 de decembro de 1998 da Dirección Xeral de Ordenación da Seguridade Social, sobre a posibilidade de recoñecer a menores a condición de orfos absolutos cando o proxenitor sobrevivente fose declarado culpable da morte da causante e non ten dereito á pensión de viuvez.

En canto á disposición adicional segunda, sería conveniente prever a organización de servizos psicosociais e multidisciplinares; e no que respecta á terceira, remitímonos á observación efectuada ao comentar o artigo 31.

Para manter a coherencia interna das leis procesuais deberían reformarse en todos aqueles preceptos nos que é necesario aludir aos xuíces de violencia sobre a muller, en vez da previsión que se contén na disposición adicional quinta. Por último, debe entenderse que a remisión que a disposición adicional sétima fai ao artigo 13 do anteproxecto debe ser ao artigo 14.



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

9.- Disposicións transitorias

Compartindo os criterios establecidos nas disposicións transitorias primeira e segunda, obsérvase a falta de previsión no que respecta aos procesos civís ou penais que se encontran en execución.

10.- Disposicións finais.

Na disposición final oitava, e en atención ao xa dito ao comentar o artigo 32, debería pensarse na posibilidade de incluír na Lei orgánica do poder xudicial a referencia a xulgados do penal especializados na violencia sobre a muller se se estimase necesaria a súa creación con competencia exclusiva ou, se é o caso, atribuír a algún dos xa existentes a competencia en materia de violencia sobre a muller.

Na modificación do artigo 14 da LACr, segundo o previsto na disposición final duodécima non parece oportuno atribuír aos xuíces de paz a competencia para coñecer dos xuízos de faltas polas condutas tipificadas no artigo 620.1 e 2 do Código Penal, dado que nos encontramos, en calquera caso, en presenza de faltas contra as persoas que, no que se refire ao apartado primeiro, teñen unha especial trascendencia por afectar ao dereito á integridade e á liberdade. En canto ao apartado segundo da mesma disposición final duodécima, sería preferible reformar os apartados primeiro e terceiro do artigo 544 ter da LACr co fin de evitar confusións e de dar unidade ao sistema legal.

Madrid, 24 de xuño de 2004



CONSELLO XERALDO PODER XUDICIAL

Asdo.: **Fernando Salinas Molina**

Asdo.: **Francisco Javier Martínez Lázaro**

Asdo.: **Félix Pantoja García**

Asdo.: **M^a Ángeles García García**

Asdo.: **Luis Aguiar de Luque**

Asdo.: **Monserrat Comas D'Argemir i Cendra**

Asdo.: **Juan Carlos Campo Moreno**