



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

**CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN, SECRÉTAIRE GÉNÉRAL DU
CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE**

**J'ATTESTE : QUE L'ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE DU CONSEIL
GÉNÉRAL DU CONSEIL JUDICIAIRE, LORS DE SA RÉUNION
AYANT EU LIEU À CE JOUR, A APPROUVÉ LE RAPPORT DE
L'AVANT-PROJET DE LOI ORGANIQUE INTÉGRAL DE MESURES
CONTRE LA VIOLENCE EXERCÉE SUR LA FEMME, ET DONT LA
TENEUR LITTÉRALE EST LA SUIVANTE :**

INDEX

- I. ANTÉCÉDENTS**
- II. POUVOIR CONSULTATIF DU CONSEIL GÉNÉRAL DU
CONSEIL JUDICIAIRE**
- III. STRUCTURE DE L'AVANT-PROJET DE LOI ORGANIQUE**
- IV. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES CONCERNANT LE
PROJET**

1. Antécédents législatifs, caractère intégral de la loi et
judiciarisation du problème.
2. Sur le cadre de protection de la loi intégrale : exclusion
des hommes, des mineurs ou des personnes âgées.

- a) La violence selon le texte de référence
- b) Violence et relations de subordination : la
violence domestique

3. L'Avant-projet et la "discrimination positive"

- a) Qu'est ce que la discrimination positive ?
- b) Le cadre naturel de la discrimination positive.
- c) Ce qui est inapproprié dans la discrimination
positive au niveau pénal et judiciaire.



V. ANALYSE DES MESURES CONCRÈTES PROPOSÉES

1. Sur le concept de violence exercée sur la femme
 - a) Importance du concept.
 - b) Introduction inappropriée de l'élément intentionnel dans la définition
 - c) Effets dénaturants qu'il convient de prédire.
 - d) Définitions suggérées

2. Sur la réforme du Code Pénal
 - a) Antécédents législatifs
 - b) Nouveautés de l'Avant-projet
 - c) Rôle de la protection pénale dans la violence à l'égard de la femme
 - d) La qualification comme délit des menaces et des contraintes légères contre la femme
 - e) L'aggravation du délit lésions

3. Sur la création de Tribunaux de Violence à l'égard de la femme
4. Sur les règles de distribution de compétences
 - a) Attribution de compétences pénales
 - b) Attribution par *vis atractiva* de compétences civiles au Juge de Violence à l'égard de la femme
 - c) Sur la perte survenue de compétence objective : droit au juge ordinaire.
 - d) Procédures abrégées, juges d'Instruction assurant la permanence et juges de Violence
 - e) La compétence territoriale pénale en fonction du domicile de la victime



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

- f) De la compétence connexe
- g) Protocoles élaborés par la Commission de Suivi de l'Ordre de Protection.
- h) Publicité vexatoire et compétence du juge de Violence

- 5. Sur le droit d'action en justice de la Délégation du Gouvernement contre la Violence à l'égard de la Femme
- 6. Sur les fonctions du Ministère Public.

VI. OBSERVATOIRE NATIONAL DE LA VIOLENCE À L'ÉGARD DE LA FEMME ET FORMATION DE JUGES ET DES MAGISTRATS

- 1. Observatoire National de Violence à l'égard de la Femme
- 2. Formation de juges et des magistrats

VII. BRÈVE ANALYSE D'AUTRES MESURES PROPOSÉES

- 1. Mesures de sensibilisation : la publicité et les moyens de communication
- 2. Sur l'assistance sociale et l'assistance juridique gratuite.
 - a) Le droit d'action pénale des services sociaux déterminés
 - b) Assistance juridique gratuite
- 3. Droits du travail et prestations de la Sécurité Sociale.
- 4. Droits des femmes fonctionnaires publiques faisant l'objet de violence

VIII. CONCLUSIONS



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

I.

ANTÉCÉDENTS

En date du 7 juin, le texte d'Avant-projet de Loi Organique intégral de mesures contre la violence exercée sur la femme a été présenté. M. Le Ministre de la Justice l'a remis à ce Conseil Général du Pouvoir Judiciaire le 4 du mois courant, aux fins prévues par l'article 108 de la Loi Organique relative au pouvoir Judiciaire.

Mme Montserrat Comas d'Argemir I Cendra ayant été désignée comme rapporteur pour l'élaboration du rapport correspondant, celui-là n'ayant pas été approuvé lors de la réunion de la Commission des Études et des Rapports du 15 juin 2004 ; la Commission a donc décidé de désigner un nouveau rapporteur, et que cette tâche reviendrait à **M. José Luis Requero Ibáñez**, et de présenter à l'Assemblée Plénière la demande de prorogation au Gouvernement National, étant donné que l'émission du rapport avait été sollicitée par formalité d'urgence à laquelle se réfère l'article 108.2, face à l'impossibilité de dresser le rapport dans le court délai de quinze jours à compter de la réception du texte d'Avant-projet.

L'Assemblée Plénière du CGPJ a décidé, lors de sa session plénière du 17 juin, de convoquer une nouvelle Assemblée Plénière extraordinaire, afin de dresser le rapport dans le délai de quinze jours initialement sollicité par le Gouvernement.

Lors de la Commission d'Études qui s'est tenue le 21 juin 2004, le rapport élaboré par le Rapporteur a été approuvé et son renvoi à l'Assemblée Plénière pour approbation définitive a été décidé.



II.

**POUVOIR CONSULTATIF DU CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR
JUDICIAIRE**

1.- L'activité informante du Conseil Général du Pouvoir Judiciaire est réglementée par l'article 108 de la Loi Organique relative au Pouvoir Judiciaire, qui se rapporte fondamentalement aux Avant-projets de lois et aux dispositions générales de l'État et des Communautés Autonomes qui affectent totalement ou partiellement, entre autres matières énoncées dans le reste de l'article 108.1 de cette Loi, les *"normes processuelles ou qui affectent des aspects juridico-constitutionnels de la protection, devant les Tribunaux ordinaires, de l'exercice de Droits Fondamentaux et toute autre norme qui pourrait affecter la constitution, l'organisation, le fonctionnement et le gouvernement des Cours et des Tribunaux"* ainsi que *"les lois Pénales et les normes sur le Régime Pénitentiaire"*.

Cependant, le pouvoir consultatif du Conseil a été compris au sens large. Ainsi, le Conseil Général du Pouvoir Judiciaire a délimité le cadre de son pouvoir consultatif en partant de la distinction entre un cadre stricte, qui coïncide littéralement avec le cadre matériel défini par l'article 108.1 de la Loi Organique du Pouvoir Judiciaire déjà cité, et un cadre élargi qui résulte de la position du Conseil en tant qu'organe constitutionnel de gouvernement du pouvoir Judiciaire. Par conséquent, au sein du premier cadre, le rapport qui doit être dressé devra se référer, principalement, aux matières prévues dans le précepte cité, en érudant, au moins de manière générale, la formulation de



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

considérations relatives au contenu du Projet concernant tous les sujets qui ne sont pas inclus dans l'article 108, déjà mentionné, de la Loi Organique relative au Pouvoir Judiciaire. Quant au cadre élargi, le Conseil Général du Pouvoir Judiciaire doit également exprimer son opinion concernant les aspects du Projet touchant aux droits et aux libertés fondamentales, en raison de la position prévalente et de l'efficacité immédiate dont ils jouissent dans la disposition expresse de l'article 53 de la Constitution. Dans ce point, il faut particulièrement se baser sur les prononcés du Tribunal Constitutionnel, en tant qu'interprète suprême de la Constitution, et dont les décisions dictées dans tout type de procédures constituent une source directe d'interprétation des préceptes et des principes constitutionnels unissant tous les juges et les tribunaux.

Outre ce qui a été dit précédemment, et en accord avec le principe de collaboration entre les organes constitutionnels, le Conseil Général du pouvoir Judiciaire a indiqué l'opportunité d'effectuer dans ses rapports d'autres remarques, relatives tant à des questions de pure technique législative, que terminologiques, dans le but de contribuer aussi bien à améliorer la correction des textes normatifs, qu'à leur applicabilité effective et leur incidence sur les procédures juridictionnelles, dans la mesure où ce sont les organes juridictionnels qui doivent appliquer ultérieurement, en pratique, les normes correspondantes.

2.- L'Avant-projet faisant l'objet du rapport, contient des dispositions qui touchent, de manière directe, l'organisation et le fonctionnement des Cours et des Tribunaux, les normes processuelles et les normes substantives touchant les aspects juridico-constitutionnels



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

de la protection, devant les Tribunaux ordinaires, de l'exercice des droits fondamentaux, et les lois pénales ; c'est pourquoi nous nous trouvons face au cadre qui doit selon la Loi Organique du Pouvoir Judiciaire faire l'objet d'un rapport de l'Organe de gouvernement des Cours et des Tribunaux.

En Marge de toute remarque concernant l'opportunité politique de l'Avant-projet, ce Conseil doit se prononcer à propos de la conformité avec la Constitution de la norme projetée, concernant l'incidence que la nouvelle norme a sur l'organisation judiciaire, sans préjudice d'aborder d'autres aspects d'ordre technique du texte normatif projeté.

III.

STRUCTURE DE L'AVANT-PROJET DE LA LOI ORGANIQUE

L'Avant-projet présenté se constitue d'une Exposé des Motifs, un Titre Préliminaire, cinq Titres, huit Dispositions Additionnelles, deux Transitoires, Une Dérogatoire, et seize Dispositions Finales.

L'Exposé des Motifs se divise en trois parties dans lesquelles l'on analyse le phénomène de la violence exercée sur la femme et la nécessité que les pouvoirs publics s'impliquent dans la lutte contre celle-ci, en adoptant des mesures suffisantes pour rendre réels et effectifs les droits à la liberté, à l'égalité et à la non discrimination. Tout cela d'un point de vue global, tel que le recommandent les organismes internationaux. Pour cela, on insiste sur le fait qu'il faut cerner les aspects préventifs, éducatifs, sociaux, d'assistance et d'attention



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

ultérieure aux victimes, sans préjudice de la protection pénale et judiciaire. Dans la partie III, on résume le contenu de la Loi, Titre par Titre; et concernant l'un des points importants de ce rapport, l'on opte pour l'aggravation des délits spécifiques commis à l'encontre des femmes, l'on insiste sur le fait que les procédures doivent être simples et sommaires, tout en conciliant les aspects civils et pénaux, et en optant pour la création de Tribunaux de Violence à l'égard de la femme en tant que formule de spécialisation au sein de l'ordre pénal.

Le Titre Préliminaire traite dans ses deux articles de l'objet de la Loi ainsi que des fins et des principes dont elle s'inspire.

Le Titre I réglemente les mesures de sensibilisation et traite dans ses trois Chapitres du cadre éducatif, du cadre de la publicité et des moyens de communication ainsi que du cadre sanitaire.

Le Titre II reprend les droits des femmes victimes de la violence de telle sorte que dans le Chapitre I, l'on réglemente la garantie des droits des victimes, le droit à l'information, le droit à l'assistance sociale intégrale et à l'assistance juridique. Le Chapitre II réglemente les droits du travail et de la sécurité sociale, un programme spécifique d'emploi dans le cadre du Plan de l'Emploi du Royaume de l'Espagne et l'accréditation des situations de violence exercée sur les femmes employées. Le Chapitre III s'occupe des droits des femmes fonctionnaires publiques, parmi lesquels on compte le droit à la mutation et au congé de convenance personnelle, le droit à l'adaptation du temps de travail et à l'accréditation des situations de violence exercée sur les femmes fonctionnaires. Enfin, le Chapitre IV réglemente les droits économiques parmi lesquels sont incluses les aides sociales



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

et la priorité pour l'accès au logement.

Le titre III se réfère à la protection institutionnelle et l'on y prévoit la création de la Délégation du Gouvernement contre la violence à l'égard de la femme et de l'Observatoire Nationale de violence à l'égard de la femme, en même temps que la création d'unités spéciales dans les Forces et les Corps de Sécurité de l'État, ainsi que la collaboration des Polices Locales, en élaborant des plans de collaboration entre les différentes administrations ayant des compétences en la matière.

Le Titre IV régleme la protection pénale en soulignant l'obligation de l'Observatoire Nationale de la violence à l'égard de la femme, de remettre au Gouvernement avec une périodicité annuelle, un rapport sur l'application des articles 148.4, 171.4 et 172.2 du Code Pénal, en introduisant des réformes dans les articles 171 et 172 du Code Pénal, et en prévoyant la réalisation de programmes spécifiques pour des internés condamnés pour ce type de délits.

Le Titre V s'occupe de la protection judiciaire et se divise en cinq Chapitres avec le contenu suivant : des Tribunaux de la violence à l'égard de la femme (organisation territoriale, compétence, recours en matière pénale, recours en matière civile, formation, plan initial des tribunaux de violence à l'égard de la femme); normes processuelles civiles (perte de compétence objective lorsque des actes de violence à l'égard de la femme se produisent); normes processuelles pénales (compétence territoriale, compétence connexe); mesures judiciaires de protection et de sécurité des victimes (dispositions générales, ordre de protection, protection de données et limitations de la publicité, mesures de sortie du domicile, d'éloignement ou de suspension des



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

communications, mesures de suspension de l'autorité parentale ou de la garde des mineurs, du régime de visites, du droit à la détention, au port et à l'usage d'armes, des garanties pour l'adoption des mesures et le maintien des mesures conservatoires), et du Procureur contre la violence à l'égard de la femme.

Les Dispositions Additionnelles réglementent l'allocation de veuvage, les protocoles d'action, la modification du Règlement Pénitencier, l'évaluation de l'application de la Loi, les références et l'habilitation normative, la dotation de fond pour le fonctionnement de l'assistance sociale intégrale et les conventions en matière de logement.

Les Dispositions Transitoires règlent l'application des mesures et la compétence des organes qui connaissent actuellement des procédures civiles ou pénales liées à la violence à l'égard de la femme, alors que la Disposition Dérogatoire unique, abroge autant de normes, de rang égal ou inférieur, s'opposant à ce qui est stipulé par la Loi.

Enfin, les Dispositions Finales modifient les préceptes des différentes lois qui se verront affectées par la Loi Organique intégrale de mesures contre la violence exercée sur la femme, telles que la Loi Organique sur l'Organisation Générale du Système Éducatif, la Loi Organique Régisseuse du Droit à l'Éducation, la Loi Organique sur la Qualité de l'Éducation, la Loi Générale sur la Publicité, le Statut des Travailleurs, La Loi Générale de la Sécurité Sociale, la Loi des Mesures pour la Réforme de la Fonction Publique, la Loi Organique du Pouvoir Judiciaire, le Statut Organique du Ministère Public, le Code Pénal, la Loi d'Organisation Territoriale du Système Judiciaire et le Code de



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Procédure Pénale. Les quatre dernières Dispositions Finales traitent de la transposition de la Directive 2002/73/CE du Parlement Européen et du Conseil, de l'habilitation des compétences, de la nature de la Loi et de son entrée en vigueur ainsi que son développement réglementaire.

Un Mémoire économique est joint, avec une estimation du coût des mesures concernant les compétences des Ministères du Travail et des Affaires Sociales, de l'Éducation et de la Science, du Ministère de la Justice et du Ministère de l'Intérieur. Dans l'alinéa relatif à l'estimation du coût des mesures concernant le Ministère de la Justice, on analyse le plan des Tribunaux de Violence à l'égard de la Femme, les coûts estimés pour la création de nouveaux Tribunaux et pour l'adaptation de ceux qui existent déjà, l'impact économique que suppose l'extension de l'Assistance Juridique Gratuite, de la création du personnage qui représentera le Procureur Délégué Contre la Violence à l'égard des Femmes, du Service de Traduction en langage des signes et de la création d'Unités d'Évaluation Médico-légale Intégrale de la Violence.

IV.

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES CONCERNANT L'AVANT-PROJET

1. Antécédents législatifs, caractère intégral de la loi et judiciarisation du problème.

Avec la Loi Organique projetée, se poursuit un processus de réformes légales, aussi bien étatiques qu'autonomiques, et dont la finalité est de perfectionner notre ordre juridique pour promouvoir l'égalité de la femme ex article 9.2 de la Constitution et, en particulier,



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

tenter d'obtenir le niveau de prévention, de protection et de punition le plus élevé possible face à la violence non pas domestique, mais la violence à l'encontre des femmes. En outre, et comme l'indique l'Exposé des Motifs du texte de référence, l'Espagne suit la ligne tracée par différents instruments internationaux. -qu'il cite expressément- et qui ont été dictés "*pour donner une réponse globale à la violence exercée sur la femme*".

À titre d'exemple et dans le cadre du plus grand intérêt de ce Conseil, depuis que dans le Bulletin Officiel du Sénat du 12 mai 1989, le Rapport de la *Commission des Relations avec le Défenseur du Peuple et des Droits de l'Homme, chargée de l'étude de la femme maltraitée* a été publié et, que quelques jours plus tard, la LO 3/89, de réforme du Code Pénal, a été promulguée, on peut dire qu'il y a une prise de conscience plus importante de la rareté des médias existants pour faire face à un problème social de première envergure.

De cette manière, l'effort du législateur pour perfectionner notre ordre afin de garantir la protection judiciaire dans le cadre domestique, a été constant. Il suffit de rappeler que l'an passé, d'importantes réformes ont été promulguées. C'est le cas de la Loi Organique 11/2003, du 29 septembre, *des mesures concrètes en matière de sécurité citoyenne, de violence domestique et d'intégration sociale des étrangers*; de la Loi Organique 15/2003, du 25 novembre, *par laquelle est modifiée la Loi Organique 10/1995, du 23 novembre, du Code Pénal* ou de la Loi 27/2003, du 31 juillet, *qui réglemente l'Ordre de protection des victimes de la violence domestique*.

En dehors du cadre strictement judiciaire, en abordant des



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

aspects d'assistance ou de prestations, on peut citer les Lois 53/2002, du 30 décembre et 62/2003, du 30 décembre, *de mesures fiscales, administratives et d'ordre social* (en matière d'encouragement à l'emploi); la Loi Organique 14/2003, du 20 novembre, *de Réforme de la Loi Organique 4/2000, du 11 janvier, sur les droits et les libertés des étrangers en Espagne et leur intégration sociale, modifiée par la Loi Organique 8/2000, du 22 décembre; de la Loi 7/1985, du 2 avril, Réglementant les Bases du Régime Local; de la Loi 30/1992, du 26 novembre, du Régime Juridique des Administrations Publiques et de la Procédure Administrative Commune, et de la Loi 3/1991, du 10 janvier, concernant la Concurrence Déloyale*. Il faut également citer la loi Organique 1/2002, du 22 mars, *réglementant le Droit d'Association* dans la mesure où elle déclare d'utilité publique les associations qui ont pour objectif la promotion de la femme, etc.

D'autre part et dans le cadre autonome, certaines Communautés, dans le cadre de leur compétence, ont déjà adopté des initiatives de lois intégrales en la matière. C'est le cas, par exemple, de la Loi 16/2003, du 8 avril, *de prévention et de protection intégrale des femmes contre la violence de genre*, des Canaries à laquelle l'on peut ajouter la loi 9/2003, du 2 avril, *du Gouvernement Autonome de Valence, pour l'Égalité entre Femmes et Hommes* ; la Loi 1/2003, du 3 mars, *d'Égalité des Chances entre Femmes et Hommes en Castille-Léon*; la Loi 14/2002, du 25 juillet, *de promotion, d'attention et de Protection de l'Enfance en Castille-Léon*, concernant la protection intégrale de l'enfance; la Loi 11/2002, du 10 juillet, *de la Jeunesse de Castille-Léon*, concernant la protection intégrale de la jeunesse ou la Loi 12/2001, du 2 juillet, *de l'enfance et de l'adolescence en Aragon*.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Parmi cet ensemble normatif, la Loi 27/2003 est particulièrement remarquable, dans la mesure où elle venait établir un critère d'intégrité dans la réglementation en la matière. Son Exposé de Motifs indiquait qu'*une procédure intégrale et coordonnée est en somme nécessaire, qui réunirait aussi bien les mesures conservatoires pénales concernant l'agresseur, c'est-à-dire, celles qui visent à empêcher la réalisation de nouveaux actes violents, que les mesures protectrices à caractère civil et social qui évitent l'abandon des victimes de la violence domestique et donnent des réponses à leur situation de particulière vulnérabilité*". Concernant cette norme, il conviendra d'y revenir pour la mettre en relation avec le texte de référence.

En définitive, on peut dire que notre ordre juridique a abordé tous ces domaines englobés dans ce que l'on pourrait dénommer la norme de la vie domestique ou familiale, en influant sur le progrès pour l'égalité de la femme, la protection de l'enfance et, en particulier, la protection judiciaire face aux agressions criminelles.

De cette manière, au niveau matériel, il y a un panorama normatif de protection intégrale – comme l'a initié la loi 27/2003- considéré comme un ensemble de normes qui abordent tous les aspects influant sur la matière ayant fait l'objet de la réglementation par le texte de référence qui effectue une réglementation intégrale dans la mesure où la plupart des politiques se rapportant à la femme sont représentées par une seule norme. Dans ce sens, la Loi intégrale devrait avoir la valeur "codificatrice" d'une norme déjà existante dans les différentes branches de l'ordre juridique; or, tel qu'il sera exposé, loin d'identifier ce qui est "intégral" à la vocation refondatrice, avec le texte de référence, des régimes processuels différents concernant une



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

même matière proliféreront, avec le risque certain de chevauchements et d'interférences.

Conformément à cela, on doit évaluer, dans le cadre de notre pouvoir consultatif, quelles nouveautés apporte la nouvelle loi à l'ensemble normatif déjà existant, mais comme question préalable, il convient de signaler à propos de la *vocation intégrale* de la loi, que sur ses 50 articles, 22 traitent de la protection judiciaire. En réalité, on ne consacre qu'un seul précepte au Ministère Public (fondamentalement l'article 50), de la même manière que pour les Forces et Corps de Sécurité (article 26). Cela signifie qu'en très grande majorité, la réaction de l'État face à la violence non domestique mais celle qui est exercée sur la femme, est dépendante des juges et des tribunaux.

Une telle option implique de judiciariser un problème social beaucoup plus différent de ce qui peut être traité face et par les juges. Il faudrait signaler que l'intervention judiciaire est toujours la dernière, que le juge intervient lorsqu'il y a déjà un conflit -dans beaucoup de cas qui a duré plusieurs années- dans la mesure où c'est une erreur de penser que la solution principale se trouve entre les mains d'un juge, plus particulièrement dans le domaine pénal.

Face à cette idée, l'on doit insister sur le fait que le rôle du juge n'est pas de résoudre des problèmes sociaux, mais d'exercer le pouvoir juridictionnel de l'État, de protéger la victime et de juger le Droit de la personne, en présumant son innocence, qui est accusée par celle qui exerce l'action pénale d'un délit ou d'une contravention. Le juge condamne ou acquitte en fonction de ce qui est invoqué et prouvé par la personne qui exerce cette action, d'où la plus haute importance qui



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

devrait être attribuée au Ministère Public et aux Forces de Sécurité.

Cette observation est importante puisque l'on note l'absence d'une enquête plus audacieuse et plus approfondie concernant le *pourquoi* avons nous cette violence, ce qui permettrait d'agir sur les causes, s'il est possible de les isoler, de les traiter, en laissant la réaction pénale ou judiciaire pour leur propre cadre.

2. Sur le cadre de protection de la loi intégrale : exclusion des hommes, des mineurs ou des personnes âgées.

a) La violence selon le texte de référence

Conceptuellement, la violence est présentée comme un stade plus avancé de l'agressivité. Il n'y a pas de violence, au sens technique, pour une agression isolée, sporadique, mais cette agression doit se produire dans un contexte de soumission de la victime. L'agresseur - sujet dominant- progresse dans un cadre dans lequel la victime se trouve subordonnée. Cela se produit lentement avec un contexte d'agression continue et une détérioration corrélative de la personnalité de la victime. Pour cela, en dernière instance, tout se reconduit vers une violence morale. Dans ce sens, on peut parler de relations de domination.

Traditionnellement, la relation sujet dominant-subordonné est visée par le Droit pénal à plusieurs occasions, puisque la réalisation du comportement illicite en abusant de la supériorité, manifeste une



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

réprochabilité plus importante du comportement. Mais cette relation de domination n'est pas équivalente au binôme homme/femme. Pour cela, la norme peut réagir face à des situations de domination, mais doit être neutre quant au sexe du sujet dominant.

La législation en vigueur avait dépassé la conception de la violence exclusivement comme violence dite "de genre", sur la base du fait que la réalité criminologique mettait en évidence plusieurs types de violence domestique. Il convient de distinguer clairement dans les grandes lignes, trois types de violence domestique en fonction du sujet qui la subit :

- ✍ La violence "de genre"
- ✍ La violence sur les personnes âgées
- ✍ La violence sur les mineurs
- ✍ Et il faut ajouter marginalement la violence des mineurs contre des ascendants et la violence entre fratrie.

Bien que la violence à l'égard de la femme occupe le plus important pourcentage des statistiques judiciaires (91,1% des cas), l'on trouve également les cas de violence à l'égard des hommes (8,9% des cas), contre des ascendants et contre des mineurs. Le caractère exigü du nombre de cas de maltraitance infantile devant les organes judiciaires, met en évidence que ce type de violence restait en marge de la protection judiciaire pour un bon nombre de cas, étant donné que les données sur la protection des mineurs de certaines Communautés Autonomes soulignent une toute autre réalité. On a même considéré que la violence de genre, celle qui a fréquemment lieu contre la femme, est celle qui se présente statistiquement le plus.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

b) Violence et relations de subordination : la violence domestique

La violence étant définie comme une relation de subordination, cette subordination est plus importante lorsqu'il s'agit de personnes sans défense ou d'enfants, puisque l'adulte, la femme agressée, conserve généralement une capacité de réaction, bien qu'elle soit diminuée en conséquence de cette claire supériorité. **Par conséquent, la violence à l'encontre des personnes âgées et les enfants est plus grave, justement faute de capacité de défense et de dénonciation du fait qui leur est présumé.**

La circonstance qui fait que les personnes qui ne sont pas des femmes constituent une minorité en termes de pourcentage, ne devrait pas empêcher qu'une loi intégrale de mesures contre la violence dans des cadres de subordination, étende aussi son cadre de protection à ces personnes. Si le Droit doit protéger les minorités lorsque les exigences de protection naissent d'un même fondement, la Loi devrait également être intégrale par rapport à ce qui est subjectif, dans des situations objectives identiques.

Par conséquent, on n'obtient pas une protection plus importante de la femme à cause de la circonstance que la loi la protège seulement elle, en excluant de son cadre les mineurs ou les personnes âgées, y compris les hommes.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Il est certain que ces autres groupes ont déjà une protection juridique adéquate, mais les mesures les plus avantageuses et intenses qu'incorpore éventuellement la loi, devraient aussi être appliquées à ces autres collectifs. La raison est simple : seulement dans le cas où les mesures de protection plus importantes qu'offre la nouvelle loi étaient des biens rares, auxquels tout le monde ne pouvait pas avoir accès, une restriction du cadre subjectif de la loi pourrait être justifiée. Dans le cas contraire -comme cela n'est effectivement pas le cas- c'est là que ce Conseil considère que le cadre de protection de la loi doit pouvoir s'appliquer à tous ceux qui se trouvent dans la même situation de dépendance, de subordination ou d'infériorité.

En définitive; la Loi prend comme point de départ un concept de violence qui est souvent confondu avec celui de la simple agression, et en outre, il attribue seulement la condition de sujet dominant à l'homme, et du dominé à la femme, en laissant de côté d'autres situations possibles qui demandent une attention similaire de la loi. Et en étant certain qu'il revient au législateur de déterminer la portée de la loi, ce Conseil doit signaler **qu'il n'y a pas d'explication raisonnable, en marge de la donnée purement statistique, pour orienter la protection pénale et judiciaire, en plus d'autres mesures éducatives et sociales, exclusivement vers la femme en raison de son sexe**, sans non plus justifier des mesures déterminées en accord avec la théorie de la discrimination positive, que nous traiterons ci-après.



3. L'Avant-projet et la "discrimination positive"

a) Qu'est-ce que la discrimination positive ?

L'Exposé des Motifs du texte de référence indique, en paraphrasant l'article 9.2 de la Constitution, que les pouvoirs publics *"ont l'obligation d'adopter des mesures d'action positive pour rendre réels et effectifs lesdits droits (liberté, égalité, non discrimination), en éliminant les obstacles qui empêchent ou rendent difficile leur plénitude"*. On préfère l'option de l'expression "action" positive à la "discrimination" positive, cette expression n'étant pas employée dans la jurisprudence européenne, ni constitutionnelle, mais qu'il est peut-être nécessaire de préciser pour délimiter ses contours et, donc, la portée du texte de référence.

On parle fréquemment de discrimination positive pour faire allusion aux politiques destinées à améliorer la qualité de vie des groupes défavorisés, en leur donnant l'opportunité d'obtenir le même niveau que les personnes les plus favorisées, quant à la jouissance d'opportunités et de l'exercice des droits. Avec des mesures d'une telle nature, les pouvoirs publics tentent d'améliorer -pour mettre au même niveau- la situation de ceux qui se trouvent désavantagés; des initiatives sont ainsi adoptées pour éliminer le racisme, le sexisme et la discrimination contre les personnes âgées ou d'une particulière vulnérabilité.

Dans l'ordre constitutionnel, les droits fondamentaux sont égaux pour tous les citoyens ; cependant, la jouissance de la garantie institutionnelle de l'égalité est souvent insuffisante, d'où des politiques destinées à remédier à des situations d'inégalité sont nécessaires, au



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

moins durant un temps. C'est un progrès qui a été réalisé pour la première fois aux États-Unis (*l'affirmative action*), moyennant les techniques ainsi appelées discrimination positive et qui reposaient sur des règles réservant un certain pourcentage de postes ou d'emplois publics pour des groupes qui jusqu'à présent, se trouvaient désavantagés. L'idée de base est que si avec de telles mesures, on réussit à faire respecter le groupe défavorisé, on pourra les retirer peu à peu et une égalité des chances s'établira ou, dans meilleur des cas, une égalité de résultats. En définitive, la discrimination positive a été et est toujours un précieux progrès dans la lutte pour l'égalité dans la jouissance des droits des citoyens, mais la discrimination positive ne doit pas devenir un principe durable.

Tel qu'il a déjà été dit, il est fréquent de parler indistinctement d'action ou de discrimination positive, le texte de référence optant pour la première expression. Dans cette optique, l'on pourrait nuancer puisqu'au sein de la théorie de l'égalité des chances, *les actions positives* sont une exigence du droit à l'égalité de traitement et se caractériseraient, pour le sujet qui nous intéresse maintenant, comme étant des avantages accordés aux femmes qui ne doivent pas impliquer de préjudices parallèles pour les hommes, ni ne doivent constituer d'exception d'égalité, mais justement, l'expression de cette dernière. C'est le cas, par exemple des mesures pour favoriser l'équilibre entre les responsabilités familiales et professionnelles, en organisant le travail à la mesure de la femme.

Par contre, la *discrimination positive* ferait l'exception de l'égalité de traitement et par conséquent, elle pourrait être illégitime si elle a comme contrepartie inéluctable, le préjudice envers les personnes appartenant à un autre groupe, en l'occurrence les hommes. Il s'agit de mesures exceptionnelles qui doivent être appliquées avec un critère



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

restrictif, avec précaution et toujours de manière transitoire; en outre, on doit y avoir recours lorsqu'il n'existe aucune autre possibilité de comparer les situations préexistantes d'inégalité parfaitement accréditées.

Néanmoins, cette forme d'action positive a encore dans son élaboration un cadre objectif diffus. Elle est sans doute admise dans la promotion de l'égalité de l'emploi, ainsi par exemple la Directive 76/207/CEE, a admis dans l'alinéa 4 de l'article 2, la possibilité de mesures destinées à promouvoir l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, en particulier pour *corriger les inégalités de fait*. Il y a également l'instauration moderne du système de quotas en matière électorale ou de représentation politique (ainsi, par exemple, la loi électorale belge du 24 mai 1994 ou la Loi 276/93, relative à l'élection du Sénat de la République italienne ou de la Loi italienne 277/93 relative à l'élection de la Chambre des Députés).

Mais comme l'a souligné la CJCE dans l'arrêt du 17 octobre 1995 -cas *Kalanke*-, des mesures allant au-delà de la promotion de l'égalité de traitement ne conviennent pas, en particulier des mesures supposant un préjudice pour quelqu'un par sa simple appartenance au groupe des hommes, et pour cela, on refuse la validité d'un système qui attribue automatiquement la priorité aux femmes. Pour cette raison, l'action positive doit être comprise dans un contexte de prudence et en tenant compte que, dans tous les cas, comme l'a souligné la doctrine (cf. L.M. Díez-Picazo), elle a toujours pour but de résoudre des problèmes d'égalité des chances, en tant que méthode pour attribuer des biens rares de manière égalitaire. L'article 23 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne a stipulé que le principe



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

d'égalité n'empêche pas l'adoption de mesures offrant des avantages concrets en faveur du sexe le moins représenté, mais toujours sur la base de l'inadmissibilité du pur automatisme et de la nécessité de limitation temporelle de la mesure.

Dans ce sens, la forme de la discrimination positive appliquée au statut de la femme, trouve sa place naturelle comme instrument pour encourager l'égalité homme-femme. Sa fonction repose sur le fait qu'en raison de certaines circonstances, obstacles et atavismes sociaux, etc., la femme se trouve en situation d'infériorité par rapport à l'homme. À la lumière d'une telle situation, l'État opte pour encourager cette égalité - en particulier pour les femmes en situation de faiblesse plus importante - en créant des conditions permettant d'avancer socialement plus rapidement que si la propre société était laissée en évolution libre. De ce point de vue, la discrimination positive se concrétise à travers des traitements de faveur consistant en des mesures concernant le travail ou le fonctionariat, de compatibilisation de la vie familiale et professionnelle, d'accès à certains biens (logement, information, santé etc.) ou de protection spéciale (p. ex. publicité vexatoire).

Et c'est dans ce contexte qu'ont eu lieu les prononcés de jurisprudence constitutionnelle sur l'action positive. Pour le moment, notre jurisprudence constitutionnelle (p. ex. STC128/1987) n'emploie pas l'expression "discrimination positive, bien qu'elle admette *"l'action des pouvoirs publics pour ainsi remédier à la situation de certains groupes sociaux bien définis, entre autres caractéristiques, par le sexe (et, il convient d'affirmer, dans la plupart des cas, par la condition féminine) et placés dans des positions de désavantage indéniable dans le cadre du travail, pour des raisons résultant de traditions et*



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

d'habitudes profondément ancrées dans la société et difficilement éliminables, on ne peut pas considérer qu'elle enfreint le principe d'égalité, même lorsqu'elle établit, pour eux, un traitement plus favorable, puisqu'il s'agit de donner un traitement différent à des situations effectivement différentes".

Dans cette même optique, elle indique que *"la réalisation de l'objectif égalitaire entre hommes et femmes permet l'établissement d'un droit "inégal inégalitaire", c'est-à-dire, l'adoption de mesures rééquilibratrices de situations sociales discriminatoires préexistantes pour arriver à une comparaison substantielle et effective entre les femmes socialement défavorisées, et les hommes, pour assurer la jouissance effective du droit à l'égalité de la femme". (Arrêt 229/92).* L'Arrêt du Tribunal Suprême 109/93, justifie la nécessité de compenser une situation de désavantage de la femme, dans le but d'assurer une égalité réelle des chances.

Par essence, les motifs de l'action positive sont :

- 1^{er} Une situation de déséquilibre réel du groupe des femmes.
- 2^{ème} La nécessité de mesures pour éliminer les obstacles qui empêchent l'égalité des chances entre hommes et femmes.
- 3^{ème} Que ces obstacles puissent effectivement être éliminés avec des mesures de soutien au collectif défavorisé, avec pour objectif d'assurer l'égalité réelle des chances.
- 4^{ème} Que le traitement spécial plus favorable soit nécessaire en conséquence de la rareté des biens auxquels doivent avoir accès les femmes.



b) Le cadre naturel de la discrimination positive.

Conçue de cette manière, ladite action positive qui repose sur l'article 9.2 de la Constitution, tente de remédier à des situations réelles d'inégalité pour rétablir l'égalité à laquelle on a le droit selon l'article 14. **Mais de son propre fondement, il s'avère être clair que la limite de l'action positive est la restauration de l'équilibre, et elle ne peut pas mener à un déséquilibre inverse par excès.** C'est-à-dire qu'avec les mesures de discrimination positive, il s'agit d'éliminer les obstacles pour réussir à rendre l'égalité effective, en corrigeant les déséquilibres pathologiques qu'engendre la société, d'où, dans le cadre social, éducatif, de prestation ou d'assistance, du travail ou de la fonction publique, des politiques d'une telle nature ont été appliquées.

On déduit de ce qui a été dit, que les mesures d'action positive s'avèrent inadéquates lorsque dans le cadre dont il s'agit, cette situation de déséquilibre préalable n'existe pas et qu'en outre, il n'existe pas de rareté des biens auxquels la femme a accès. Et conformément à cela, on doit réfléchir pour savoir si cette discrimination positive s'avère adéquate par rapport à la protection pénale et à la protection judiciaire des droits fondamentaux de la femme.

De cette façon, on peut affirmer que cette technique d'encouragement, concrétisée par des mesures de discrimination positive n'est pas applicable au cadre pénal, ni au cadre organique et judiciaire, principalement lorsqu'elle s'établit de manière automatique et sans aucune limitation temporelle. En outre, dans ce cadre, les situations de déséquilibre qui fondent la mesure, ne



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

coïncident pas.

Comme l'action positive ne peut être projetée à travers des mesures de nature punitive, le cadre judiciaire est en principe étranger à ces autres propres cadres d'initiatives, inspirées par cette action positive, d'où une norme est dénaturante bien qu'elle soit qualifiée d' « intégrale », c'est une bonne mesure judiciaire et, cependant, elle se base sur l'action ou la discrimination positive.

c) Ce qui est inapproprié dans la discrimination positive au niveau pénal et judiciaire.

En effet, **lorsqu'il s'agit de la protection pénale et processuelle, dans la mesure où les droits fondamentaux sont protégés, il ne convient pas d'apprécier cette inégalité comme point de départ.** Ni en ce qui concerne la protection pénale, ni la protection judiciaire effective. Comme il a déjà été dit plus haut, **nous ne sommes pas face à une situation de "biens rares"**, limités, de telle sorte qu'un seul groupe favorisé puisse y accéder.

Ceci est le cas lorsque, par exemple, dans la protection du droit à l'honneur (attaqué par l'injure) ou à la liberté (attaqué par la menace ou la contrainte), l'homme et la femme partent de la même situation de protection par le droit, il n'y a pas de désavantage initial, ensuite il n'y a pas de raison qu'il y ait une catégorie pénale différente qui attribuerait une super protection à la liberté de la femme, aux dépens justement, d'une plus importante restriction de la liberté de l'homme, comme celle qui découle de l'endurcissement de la peine prévue dans la catégorie d'infraction pénale.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Et lorsque cette action, ou plutôt discrimination positive, est transposée à la création d'organes judiciaires qui protègent seulement des biens de la femme, le désajustement est plus grave pour les raisons suivantes :

1. la protection judiciaire n'est pas, en tant que tel, un bien rare ne permettant pas, à cause d'une supposée disponibilité limitée, sa distribution et son attribution à tous ceux qui le nécessitent; c'est à dire, la protection judiciaire est un bien qui n'exige pas qu'on exclue de son cadre aucun groupe humain (les hommes dans le cas présent) pour donner une satisfaction convenable à un autre groupe plus défavorisé (les femmes dans ce cas-ci). Pour le dire synthétiquement : il existe une possibilité de protection judiciaire pour tous, sans exclure, ni léser, c'est à dire, sans éliminer, ni discriminer personne. Ce serait différent dans la supposition qu'une limitation légale imposerait un nombre maximum d'affaires à résoudre par les nouveaux organes judiciaires, prévus pour connaître de la violence domestique, et cette limitation exigerait donc de donner la priorité aux femmes face aux hommes (partage d'un bien rare, avec une préférence pour le plus défavorisé). Mais une telle chose n'arrive pas, ni ne pourrait arriver dans le projet de référence.

2. Il ne convient pas non plus de dire que le bien rare serait la rapidité et la promptitude dans la dispense d'une protection judiciaire qui doit être apportée sans retard inapproprié ; en effet, il est évident que l'inclusion de tous les citoyens, sans distinction de sexe dans le cadre des compétences des nouveaux organes judiciaires, ne représente absolument aucun risque de retards processuels



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

inappropriés pour les femmes, ni n'exige l'exclusion des hommes, pour ainsi assurer la prestation convenable à celles-ci. Ceci est quelque chose d'impensable, de la même manière que le nombre d'organes à créer sera logiquement suffisant pour tous, et le pourcentage de population masculine victime de violence domestique, s'avère être très inférieur comparé à celui des femmes. **Pour cette raison, on ne comprend pas ce que gagne la protection judiciaire en faveur des femmes en excluant les hommes de la compétence des nouveaux organes judiciaires.**

3. Il ne convient pas de dire que les arguments antérieurs sont incorrects en invoquant que l'exclusion de l'homme ne le discrimine pas dans la protection judiciaire, puisqu'il lui est toujours possible de l'obtenir devant les organes judiciaires communs ou généraux. Il faut prendre en compte que la discrimination dans ce cas, ne réside pas dans le fait d'obtenir ou non une protection judiciaire, mais d'exclure les hommes du nouveau mécanisme judiciaire et par la manière concrète et spécialement efficace d'obtenir cette protection. Ces organes sont créés pour améliorer et pour satisfaire les besoins qui avant ou non, n'étaient pas satisfaits ou mal. De telle sorte que les nouveaux organes ou non, apportent un certain avantage dans cette protection, par rapport aux organes actuels -pour lesquels la création est inutile- et s'ils l'apportent, un droit égal doit être reconnu pour l'homme, puisque la discrimination positive ne pourrait expliquer une plus importante protection judiciaire pour la femme, par rapport à l'homme, ni un meilleur mode d'application de cette protection judiciaire.

Comme il sera exposé ci-après, le transfert, au niveau judiciaire, de ce que la loi considère comme action positive, se solde par des



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

conséquences illogiques, irraisonnables, tant sur le plan de l'organisation que sur le plan processuel, ce qui suppose un sérieux réexamen de l'option de l'Avant-projet.

De tout ce qui précède, on déduit que dans l'Avant-projet, ladite action positive n'est en aucun cas une discrimination positive, mais plutôt une discrimination négative. Elle consiste à endurcir le régime punitif de comportements donnés qui, étant objectivement les mêmes, sont sanctionnés plus gravement parce que le sujet actif est un homme –c'est-à-dire pour des raisons relatives à l'auteur- et non pour la plus importante gravité de l'illicéité, ce qui nous amène à des critères pénaux qu'il faudrait heureusement considérer comme supprimés. Nous aborderons cette question dans les détails un peu plus bas. Et ce qui constitue également une discrimination négative, c'est la création d'organes judiciaires dont les hommes seraient exclus en tant que possibles bénéficiaires de leurs avantages, sans aucune justification à cette exclusion.

V

ANALYSE DES MESURES CONCRÈTES PROPOSÉES

1. Sur le concept de la violence exercée sur la femme

a) Importance du concept.

Le cadre de protection de la loi ne peut être compris sans l'article 1.2. Un tel précepte est le fondement de la norme de référence et l'application de toute la loi dépend donc de ce dernier.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Le précepte cité définit ce qu'est la *violence exercée sur la femme* et nous affirmons que toute la loi dépend de cet alinéa pour les raisons suivantes :

1. Avant tout, parce que si l'objet premier de la loi est de prévenir cette violence, cette tâche préventive se concrétise :

✍ Par des campagnes d'information et des mesures de sensibilisation (article 3);

✍ Par le fait que le système éducatif s'orientera pour inculquer la résolution pacifique des conflits (articles 4);

✍ Par le fait que la bonne égalité homme-femme sera encouragée dans le système éducatif (article 5);

✍ Par le fait que dans les organes de représentation éducative, l'Institut de la Femme sera présent (article 6);

✍ Par le fait que l'on veillera à la dignité de la femme dans le cadre publicitaire et

✍ Par le fait que dans le cadre sanitaire, on tentera d'arriver à une détection précoce de la violence à l'égard de la femme.

2. En outre, parce que l'ensemble des droits que reconnaît le Titre II sont destinés aux femmes victimes de violence, ce qui est démontré dans tous et chacun des articles de ce Titre, qui prévoient comme donné de fait de la norme, que ce soit la femme victime de violence qui jouisse de ces droits.

3. Enfin, ce concept est essentiel au niveau strictement judiciaire, toutes les spécialités processuelles et de compétence, ainsi que l'application des catégories



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

pénales qui sont réformées, dépendent donc de celui-là.

En insistant sur cette idée, il faut dire que la déclaration de cette condition -"femme victime de la violence"- est le titre (même si cela est provisoire) qui fait que la femme mérite l'application de ce nouveau bloc normatif et cette déclaration en tant que telle, n'est pas le résultat d'une décision administrative ou de l'application directe de la loi moyennant la constatation plus ou moins ajustée du concours de certaines conditions objectivement et normativement prévues, mais au contraire, tout dépend d'une déclaration judiciaire.

b) Introduction inappropriée de l'élément intentionnel dans la définition

La violence à l'égard de la femme ainsi définie, ce qui est le plus remarquable est que cette définition n'est pas introduite dans l'Exposé des motifs, ni dans la partie articulée du texte comme portail descriptif de son cadre, mais plutôt qu'à part être la clé du passage de l'application de toute la loi, elle ne **se base non pas sur l'appréciation des données objectives et externes, mais sur l'intentionnalité de l'agresseur**. Seulement dans le second sous-alinéa de cet article, on inclut une description en mettant en rapport ce à partir de quoi se concrétise cette violence (agressions sexuelles, menaces, contraintes, etc.), mais l'essentiel, ce qui est élémentaire, c'est qu'il y a violence lorsqu'elle est employée "*comme instrument pour maintenir la discrimination, l'inégalité et les relations de pouvoir des hommes sur les femmes*".



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

De cette manière, tout dépend du constat de cette intentionnalité, à claire connotation pénale -puisque dans sa partie descriptive, on renvoie à des aspects pénaux- : la jouissance de l'ensemble des droits auxquels peut avoir accès la femme victime de violence, les mesures institutionnelles prévues dans la norme et ce qui est plus grave, la protection pénale et, encore pire, l'organisation judiciaire en dehors des mesures processuelles et une telle déclaration, comme il a été dit, dépend à son tour d'un prononcé judiciaire, donc seul un juge de Violence peut l'apprécier dans une décision pénale, soit en évoquant pour soi la compétence des affaires civiles ou bien, indicièrement, en adoptant une mesure conservatoire.

La constatation de cette intentionnalité posera des problèmes dans la pratique. Mais, si en réalité tout ce que l'on fait, c'est de présumer que toute agression contre une femme est présidée par cette présomption normative que l'on agresse à ces fins ou en raison de ces objectifs, donc dans le cadre pénal -comme l'on dira plus tard-, on est en train de recréer un Droit pénal d'auteur et dans le cadre organique et judiciaire, on revient au système de juridictions spéciales, dépassé à la fin du XIXe siècle, propre à l'Ancien Régime, une juridiction spéciale est donc en train d'être créée, propre aux femmes, basée sur le sexe de la victime et sur l'intention de l'agresseur, questions que nous aborderons plus tard.

En somme, il s'agit d'une définition basée sur l'intention de l'auteur et, en raison des conséquences qu'elle a (interprétations de types, délimitation des compétences et leurs conséquences processuelles), elle doit être abandonnée quant à son contenu et à ses effets.



c) Effets dénaturants qu'il convient de prédire

Tout l'Avant-projet dépend de l'article 1, en particulier du paragraphe 2. À partir de ce constat, il suffit d'imaginer quelques uns des effets que cela pourrait entraîner dans l'organisation judiciaire et processuelle, pour remarquer qu'ils peuvent vraiment être absurdes. Par exemple, toutes les mesures judiciaires de protection et de sécurité du Chapitre IV, du Titre V sont pour les femmes concrètement évoquées dans l'article 1.2, si bien que si la femme est agressée à une autre fin (vengeance, jalousie, haine, emportements, etc.), ni la future loi, ni ses spécialités ne seront appliquées.

A leur tour, quelques uns des délits dont connaîtront les juges de Violence ou quelques unes des mesures de protection sont logiques si elles sont étudiées devant un Juge assurant la Permanence et par la voie de procédures abrégées, pour cette raison dans le cadre d'agressions envers la femme, on peut se trouver face au panorama suivant :

✍. Agressions de violence domestique et, donc, également contre les

femmes -ne relevant pas de l'article 1- dont connaissent les juges d'instruction ou de Première Instance et d'Instruction, auxquelles est applicable le régime de la Loi 27/2003;

✍. Agressions de l'article 1, constitutives du concept juridiques de violence à l'égard de la femme, dont la connaissance du cas correspondra aux Juges de Violence et

✍. Agressions également constitutives de violence à l'égard de



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

la femme, dont les juges de Violence ne connaissent pas, mais plutôt les juges de Première Instance et d'Instruction ou d'Instruction compatibilisés, pour assumer ces compétences et qui en outre appliqueront le régime de la Loi 27/2003 pour la première des suppositions signalées.

Il faut ajouter à ce qui a été exposé -et nous continuons à être actifs à titre d'exemple- que ces mesures de protection du Chapitre II du Titre V, étant donnée qu'elles concernent les femmes victimes de violence, s'appliqueront seulement dans ces cas concrets, et par conséquent, les autres victimes d'une situation de violence objective, mais qui n'a pas été causée avec l'intentionnalité de l'article 1.2, ne peuvent pas jouir de ces mesures. L'absurde s'aggrave, par exemple, si nous nous trouvons face à des juges non spécialisés, mais des juges qui compatibilisent d'autres causes avec celle de la violence qui figurent dans les suppositions de l'article 87 bis 3 et 4 : dans leur propre tribunal, seront étudiés des cas de violence dont les victimes -que ce soit des femmes ou non- ne pourront pas bénéficier de ces mesures, ne s'agissant pas de cas de l'article 1.

En définitive, vu qu'en matière judiciaire ce qui paraît primer c'est l'idée de créer des organes spécialisés et à partir de cette idée, l'on fait pivoter toutes les autres nouveautés, l'on suggère que cette nouveauté soit présentée à un groupe de travail dans lequel des spécialistes du droit processuel, des juges, des magistrats, des procureurs et autres professionnels expérimentés dans ces causes, réalisent une conception organique et processuelle plus viable. Cette idée est d'autant plus recommandée qu'il existe déjà le régime créé à la suite de la Loi



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

27/2003, réglementant l'ordre de protection, dans le cadre duquel a été créée une Commission de Suivi à partir des travaux desquels sont déduits les problèmes d'implantation efficace de cet ordre. Si cela est ainsi aujourd'hui, il faut présager plus de complications lorsque le présent document de référence sera ajouté au régime de la Loi 27/2003.

d) Définitions suggérées

De cette façon, à la lumière de ce qui a été exposé, le Conseil Général du Pouvoir Judiciaire suggère que si une définition de la violence doit être introduite, elle doit comprendre tout le phénomène de violence domestique pour ce qui a déjà été exposé et qui se réfère au cadre pénal judiciaire, une définition qui soit, nous le répétons et dans tous les cas, une définition sans connotations d'intentionnalité, ni de type sociologique, c'est à dire, une définition non idéologisée.

De plus, et en tout état de cause, on suggère de reconsidérer l'Avant-projet concernant ce point capital et que cette reconsidération se fasse sous quatre aspects :

- ✍ Respect de la nécessité en soi d'introduire une définition dans la loi,
- ✍ Qu'elle se réfère uniquement aux femmes et non au cadre domestique dans son ensemble,
- ✍ Respect des effets que cela aura sur l'application de la norme et
- ✍ Concernant l'inopportunité qu'elle contienne des éléments intentionnels.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

En n'acceptant pas ces suggestions ni, en particulier, l'élargissement du cadre de la loi concernant l'idée de violence domestique dans le cadre pénal et judiciaire, et en continuant de le maintenir dans le cadre de la violence à l'égard de la femme, il existe au moins d'autres définitions normatives qui sont descriptives, contrairement à des éléments subjectifs ou intentionnels et, par conséquent, plus pertinentes. C'est le cas par exemple, de l'article 2 de la Loi 16/2003, du 8 avril, *de prévention et de protection intégrale des femmes contre la violence de genre*, des Canaries selon laquelle

"Aux effets de la présente Loi, on entend par violence à l'encontre des femmes, tout type d'agissement basé sur l'appartenance au sexe de la victime, et indépendamment de l'âge de celle-ci, qui, à travers des moyens physiques ou psychologiques, en incluant des menaces, des intimidations ou des contraintes, a comme résultat possible ou réel un dommage ou une souffrance physique, sexuel ou psychologique pour la femme, et qui soit réalisé dans le cadre d'une situation de faiblesse ou de dépendance physique, psychologique, familiale, du travail ou économique de la victime face à l'agresseur."

Une autre définition acceptable de l'article 1 de la Déclaration sur l'élimination de violence à l'égard de la femme, adopté par l'Arrêt de l'Assemblée Générale des Nations Unies 48/104 du 20 décembre 1993, selon lequel

"Aux effets de la présente Déclaration, par Violence à l'égard de la femme, on entend tout acte de violence basé sur l'appartenance au sexe féminin qui a ou qui peut avoir comme résultat un dommage ou une souffrance physique, sexuel, psychologique pour la femme, ainsi que les menaces de tels actes, la contrainte ou la privation arbitraire de la liberté, tant s'ils se produisent dans la vie politique (sic) que dans la vie privée".



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Tel qu'il sera exposé plus loin, l'application des prévisions du texte de référence, tel qu'il est rédigé, se traduira par des conséquences réellement dénaturantes, ce qui est signalé non pas par envie dogmatique, sinon par désir d'éviter -maintenant que c'est le moment- des conséquences réelles non hypothétiques.

2. Sur la réforme du Code Pénal

a) Antécédents législatifs

L'évaluation du présent Avant-projet dans ce point, doit partir d'un examen de la situation légale en vigueur, dans le but de déterminer ce qu'elle apporte sur le plan substantif pénal.

Le droit civil aborde le phénomène de la maltraitance en tant que violation des devoirs inéluctables de famille ; pour cela, il produit des conséquences de Droit familial. Ainsi, en relation avec les enfants, l'article 166 du Code Civil (privation d'autorité parentale) et les articles 856 et 756 (exhérédation); en relation avec le conjoint (séparation et divorce), et article 855 (exhérédation)

La politique criminelle face à ce problème social a consisté à élargir progressivement le contenu de la catégorie pénale et les mesures de protection de la victime. En effet, à partir de la formulation initiale du délit de violence intrafamiliale, qui est introduit pour la première fois dans notre Code par la LO 3/1989, du 21 juin, dans l'article 425 du Code Pénal, dans le but de donner la protection aux



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

membres les plus faibles du groupe familial, face aux comportements systématiquement agressifs des autres membres de celui-ci, plusieurs réformes pénales ont été passées, et sont destinées à renforcer la protection de la victime de ces délits, qui jusqu'à présent n'ont pas été identifiés seulement pour la femme.

La première des réformes importantes a eu lieu par la LO 14/1999, du 9 juin, dans le principal but d'élargir la protection de la victime. La protection a été élargie dans les suppositions que le lien matrimonial ou la cohabitation *more uxorio* avait disparus au moment de l'agression; l'on a introduit comme modalité de comportement typique, avec la violence physique, la violence psychique et la constance a été définie légalement aux fins de ce délit.

Après cette importante réforme, la violence domestique a fait l'objet d'attention législative durant ces dernières années, même ces derniers mois, et des réponses légales ont été établies, à caractère punitif, et d'autres à caractère processuel, afin de combattre de la manière la plus efficace ce problème social. À ce sujet, la Loi Organique 11/2003, du 29 septembre, qui a été mentionnée, a été d'une particulière importance, cette loi traitant *des mesures concrètes en matière de sécurité citoyenne, de violence domestique et d'intégration sociale des étrangers*, sur le plan substantif, complétée par la réforme pénale avec la Loi Organique 15/2003, du 25 octobre, et la Loi Organique réglementant la détention provisoire. Enfin, la Loi 27/2003, du 31 juillet, *réglementant l'Ordre de protection des victimes de la violence domestique*.

L'Avant-projet qui a culminé dans la Loi Organique 11/2003 a été



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

évalué positivement par ce Conseil Général du Pouvoir Judiciaire, aussitôt qu'il a qualifié le délit de violence domestique habituel comme délit contre l'intégrité morale, étant donné que l'exercice habituel de ces faits s'apparente plus clairement à la dignité humaine et au libre développement de la personnalité, comme l'a souligné la jurisprudence (cf. Arrêt du Tribunal Suprême du 20 décembre 1996 et du 24 juin 2000).

De plus, on a considéré qu'il résolvait un problème de procédure, parmi les articles 153 et 173 actuels du Code Pénal, il plaçait systématiquement de manière adéquate le délit dont il s'agit en considération de sa teneur en illicéité et il exprimait de manière plus correcte, qu'il ne s'agit pas seulement d'un attentat à l'intégrité ou à la santé physique ou psychique comme bien juridique du délit de lésions. Un autre élément a également été évalué positivement, il s'agit de l'élargissement du cercle de sujets passifs de ce délit, qui l'étendait à d'autres cadres privés de dépendance ou de subordination, en plus du cadre strictement familial.

Avec la réforme effectuée par la LO 11/2003, on supprime la contravention de l'article 617.2, 2° et toute violence physique exercée sur les sujets passifs énumérés dans l'article 173.2, même s'il s'agit d'un fait isolé et qu'il ne cause pas de lésion, dès lors qu'il est délictuel par le caractère pluri-offensif du fait étant qualifié dans l'article 153 du Code Pénal, à partir de la réforme. Dans ce précepte, est introduite une sous-catégorie aggravée pour les faits ayant lieu en présence de mineurs, en utilisant des armes, dans le domicile en commun, dans le domicile de la victime, ou bien lorsqu'intervient la violation de l'une des peines prévues dans l'article 48 ou de l'une des mesures de sécurité.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Ces mesures substantives ont été accompagnées de mesures processuelles. La réforme de la détention provisoire a été encouragée en bonne partie pour apporter une solution au problème de la violence domestique et la récente Loi 27/2003, du 31 juillet, régleme nte l'ordre de protection des victimes de la violence domestique. Le Registre national pour la protection des victimes prévue par cette Loi a été créé par le Décret Royal 355/2004, du 5 mars.

Enfin, l'avant-projet de Loi intégrale naît dans un contexte où la protection de la victime de la violence domestique constitue l'un des objectifs principaux de la politique criminelle, donc elle ne naît pas sur une scène de rareté de mesures, mais plutôt dans le cadre d'une pluralité d'initiatives législatives déjà en vigueur -en particulier la Loi 27/2003-, mais qui, à cause de leur courte durée d'application, ne permettent même pas d'évaluer leur efficacité réelle pour combattre le phénomène social auquel nous faisons référence.

b) Nouveautés de l'Avant-projet

Le texte de référence contient les mesures pénales suivantes :

1ère. Une **nouvelle supposition d'aggravation dans l'article 148 du Code Pénal** est introduite lorsque dans le délit de lésions, la victime *«serait ou aurait été l'épouse, ou une femme qui serait ou aurait été liée à l'auteur par une relation d'affection réciproque, même sans communauté de vie »*.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

2ème. On dresse à la catégorie de délit, les menaces et les contraintes légères, lorsque le sujet passif serait ou aurait été l'épouse, ou une femme qui serait ou aurait été liée à l'auteur par une relation d'affection réciproque, ce qui sous-entend qu'ils peuvent seulement être commis par l'homme.

3ème. On sanctionne, dans tous les cas, par une peine privative de liberté, la violation de la peine de l'article 48 du Code Pénal -éloignement au sens large- ou d'une mesure conservatoire, lorsque la personne offensée est l'une des personnes à laquelle fait référence l'article 173.2 du Code.

Comme cela est inscrit dans l'Exposé des Motifs, « *pour la citoyenneté, pour les collectifs de femmes et spécifiquement pour celles qui subissent ce genre d'agressions, la Loi Intégrale veut apporter une réponse ferme et incontournable et se montrer ferme en les concrétisant dans des catégories pénales spécifiques* ». En somme, l'Avant-projet, par rapport au régime légal actuel, suppose, dans l'ordre pénal, une aggravation de la responsabilité pénale de l'homme lorsque le fait a pour sujet passif la femme, ou bien à travers l'introduction d'une catégorie aggravée -par rapport à la catégorie basique des lésions-, ou en convertissant en délit, les contraventions de menaces et de contraintes légères.

Ces mesures pénales doivent être analysées à partir des principes informant le Droit pénal, reconnus par la Constitution.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

c) Rôle de la protection pénale dans la violence à l'égard de la femme

Sans méconnaître que c'est le Tribunal Constitutionnel qui doit se prononcer concernant l'adéquation d'une nouvelle norme avec la constitution, il incombe au Conseil Général du Pouvoir Judiciaire, comme il a déjà été mentionné, d'informer sur l'adéquation à la Constitution, des mesures législatives qui interfèrent dans les droits fondamentaux qui doivent ordinairement être protégés devant les juges et les Tribunaux [article 108,1 e) loi Organique du Pouvoir Judiciaire].

Préalablement, et dans cette optique déjà exposée de « judiciarisation » marquée des solutions, il faut prendre en compte qu'aujourd'hui, les meilleurs résultats dans le contrôle de la criminalité ne s'obtiennent pas en renforçant la rigueur de la réponse au délit (peines plus sévères), ni en améliorant le rendement et l'effectivité du système légal, mais à travers une action positive dans l'ordre social, en s'attaquant à la base du problème. L'essence même du Droit pénal est d'assumer une fonction de prévention secondaire, c'est-à-dire, il intervient seulement tardivement face aux manifestations du problème, et c'est la raison pour laquelle il convient d'insister une fois de plus sur l'avertissement que l'option du texte de référence, se base fondamentalement sur la judiciarisation du problème de la violence à l'égard de la femme. Dans ce sens, la recommandation (R) 14 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 26 mars de 1985, sur la Violence Familiale, conseille des traitements alternatifs aux mesures purement pénales.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

En considérant que l'on a déjà adopté les mesures légales qui ont généralement supposé une réforme du système pénal dans le traitement de la violence domestique, on doit évaluer si les mesures d'aggravation pénale qui sont proposées, combrent une nécessité de rigueur pénale plus importante pour garantir une plus grande protection de la femme. Bien qu'il n'y ait pas lieu de réaliser de considérations scientifiques sur les limites de l'intervention punitive de l'État, on doit tenir compte du fait que les études actuelles ont mis en évidence comment dans des cadres donnés, il existe la tentation d'obtenir des doses de sécurité supérieures à travers l'outil du Droit Pénal, mais que dans certains cas, celui-ci -conçu comme un Droit Pénal maximum- ne peut pas fournir la réponse qui y est désespérément recherchée.

d) La qualification comme délit des menaces et des contraintes légères contre la femme.

Les articles 29 et 30 de l'Avant-projet, en tant que mesures de protection contre les menaces et les contraintes, ajoutent deux nouveaux alinéas à l'article 171 du Code Pénal -délit de menaces-, et un second alinéa à l'article 172 -délit de contraintes- et l'article maintenu comme catégorie générale pour décrire le cadre subjectif de la violence domestique, est l'article 173.2, précepte qui ne fait aucune discrimination concernant le sexe et qui englobe toutes les personnes appartenant à l'unité familiale.

De cette manière et quant aux menaces que nous avons :

✍. Si elles sont légères et dirigées contre les femmes, de contravention, elles deviennent un délit de l'article 171.4.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

✍ Si elles sont dirigées contre d'autres personnes de l'article 173.2, c'est une contravention d'après l'article 620, second paragraphe.

✍ Si la menace est réalisée moyennant une arme ou un objet dangereux et se réfère aux personnes de l'article 173.2 -donc aussi les femmes- c'est un délit de l'article 171.5°.

Quant aux contraintes :

✍ Si elle est légère et dirigée contre les femmes, ce n'est plus une contravention de l'article 620.1.1°, pour devenir un délit de l'article 172.2.

✍ Si elle est dirigée contre une autre personne de l'article 173.2, c'est une contravention de l'article 620.1.2°.

L'on déduit de ce tableau, que face au même comportement objectif -menace ou contrainte légère-, l'homme commet un délit alors que la femme commet une simple contravention, bien que les droits fondamentaux attaqués par le comportement illicite ont, dans la Constitution, la même valeur quelle que soit la personne titulaire. Cela conduit à d'autres dysfonctionnements valoratifs, par exemple, on sanctionne par une peine plus grave la menace légère, si le sujet passif femme ou ex-femme, que si la menace était destinée aux personnes définies par l'article 173.2 (par exemple, les mineurs) même lorsque dans ce cas, des armes ou d'autres instruments dangereux ont été employés.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

À la lumière de ces résultats, on considère que la réforme proposée dans les articles 171 et 172, présente de sérieuses objections de constitutionnalité, selon ce Conseil, parce qu'elle définit le sujet actif et passif du délit par rapport à son sexe, en marge du comportement objectivement réalisé et parce qu'elle ne justifie pas adéquatement le traitement punitif de la menace ou de la contrainte légère contre la femme.

L'Avant-projet convertit des délits communs en délits spéciaux en raison de la qualité sexuelle du sujet actif, comme cela est déjà arrivé, par exemple, dans les Codes pré-démocratiques avec certains délits contre l'honnêteté, dont le sujet passif était uniquement la femme (p. ex. viol). Cette division des délits en fonction du sexe du sujet actif n'apparaît pas seulement dans l'article 33 du texte -qui introduit le nouvel article 87 ter1.a) de la Loi Organique du Pouvoir Judiciaire –, lorsqu'il s'agit d'attribuer une compétence aux Tribunaux de Violence à l'égard de la femme, en cours de projet, mais également dans la propre qualification des actes illicites pénaux ayant pour sujet actif l'homme, qui peuvent seulement être commis par l'homme, en excluant les femmes.

Cette manière de procéder, consistant à qualifier de délit ou de contravention en fonction de savoir si le sujet actif est un homme ou une femme, face à un même comportement objectif, suppose une violation frontale du principe d'égalité de l'article 14 de la Constitution qui ne peut être justifiée objectivement dans le cadre de la doctrine de la discrimination positive tolérable, qui est difficilement compatible avec la protection pénale, étant donné qu'il s'agit de protéger la femme aux dépens de la restriction de la liberté de l'homme, puisqu'à rigueur



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

punitive plus importante, restriction de la liberté plus importante. Nous nous trouvons face à une discrimination -négative- de l'homme incompatible avec la Constitution.

En effet, dans la défense des biens fondamentaux qui s'érigent en biens juridiques protégés dans les délits ou contraventions de menaces ou de contraintes, la femme ne part pas d'une situation de désavantage qui doit être corrigée moyennant le recours à une protection pénale plus importante à travers la technique qui consiste à chercher l'efficacité préventive générale par des peines plus sévères. La liberté est déjà protégée dans le Code de manière égale, que le titulaire soit la femme ou l'homme. Il n'y a aucune discrimination, ni de situation d'infériorité dans ce cadre.

En outre, la conversion en délit de ces comportements de menaces ou de contraintes légères, lorsque le sujet actif est un homme, suppose une contradiction frontale avec les principes constitutionnels du Droit Pénal, dans toutes les hypothèses imaginables sur lesquelles pourrait s'appuyer le pré-législateur, et cela pour les raisons suivantes :

1ère. Si l'aggravation obéit au fait que statistiquement la femme est le sujet passif de comportements de cette nature et que normalement, ils proviennent de l'homme, donc la responsabilité s'aggraverait dans ce cas concret pour des faits étrangers, avec une violation du principe de culpabilité, étant donné que l'homme mis en accusation verrait sa responsabilité aggravée par les faits d'autres personnes, conformément à la doctrine de l'accumulation de comportements.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

2ème. Si l'aggravation repose sur le fait que la menace ou la contrainte sont réalisées dans un but de discrimination ou de domination de l'homme par rapport à la femme (en mettant en relation ces préceptes avec l'article 1.2 de l'Avant-projet), on partirait de la présomption que lorsque l'homme menace ou contraint sa femme ou son ex-femme, il le fait dans tous les cas en se prévalant d'une situation de supériorité ou dans le but de maintenir sa volonté de domination. Cette présomption légale supposerait de convertir les contraventions en délit, ce que le régime ordinaire envisage uniquement comme circonstance aggravante générique, en reconnaissant aux motivations de l'auteur une super-qualification disproportionnée par rapport à la gravité objective du fait.

Le Code Pénal vise comme circonstance aggravante, dans l'article 22.2, l'abus de supériorité, lorsqu'un déséquilibre de forces entre l'agresseur et l'agressé a lieu, de telle manière que les possibilités de la personne offensée se trouvent remarquablement limitées; déséquilibre dont doit profiter l'auteur pour la réalisation du délit. Cette reprochabilité plus importante, qui se traduit par l'aggravation de la responsabilité, ne dépend pas du sexe du sujet actif et du sujet passif, mais d'un fait objectif de domination.

La discrimination en raison du sexe se trouve comme circonstance aggravante dans l'article 22.4, et l'aggravation repose sur une reprochabilité plus importante de la conduite en considération du mobile qui pousse à commettre le délit.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Mais ces circonstances ne sont ni présumées, puisqu'elles doivent être appréciées à chaque moment concret, ni considérées comme très bien définies par la loi afin de déterminer la dimension pénale. Dans la mesure où l'Avant-projet contient des mesures pénales bien déterminées qui partent de la présomption de supériorité de l'homme par rapport à la femme, et il reconnaît à la supériorité ou à la discrimination pour des raisons de sexe, une efficacité d'absorption de la peine, ou la conversion de simples contraventions en délit, cela conduit à des conséquences disproportionnées du point de vue de la responsabilité du fait.

3ème. Si l'aggravation reposait sur la dangerosité de l'auteur qui commet ces délits, donc une simple qualité de l'homme serait combattue avec le recours à la peine, qui est en outre présumée légalement, et par conséquent il y a aussi une violation du principe de la responsabilité pour le fait commis.

Dans ce qui a été dit antérieurement, l'on déduit que la mesure pénale consiste à qualifier de délit, des actions de menace et de contrainte légère lorsqu'elles proviennent de l'homme, et elle ne repose pas sur des raisons liées à un contenu d'illicéité ou de culpabilité plus important, mais elle obéit uniquement à des raisons subjectives relatives à la qualité de l'homme et à sa présumée supériorité par rapport à la femme.

Une telle conception rentre pleinement dans un Droit pénal d'auteur, dans « la jurisprudence du sentiment », volontariste,



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

avec une prédominance non pas tant du caractère normatif, que de ce qui a été appelé « le sentiment sain du peuple ». Ces conceptions, propres à l'École kiel ne sont évidemment pas compatibles avec la Constitution et ceci n'est pas quelque chose que hasarde le Conseil mais le Tribunal Constitutionnel a reconnu que la Constitution part du principe de culpabilité et qu'une conséquence pénale qui, dans ce cas concret, n'a pas été jugée adéquate avec la gravité de la culpabilité, n'est pas conforme à la valeur justice établie de manière catégorique par la Constitution.

Ainsi, le Tribunal Constitutionnel a déclaré dans l'arrêt 150/1991 (rapporteur M. López guerra) que « *la Constitution garantit sans doute le principe de culpabilité comme principe structurel de base du Droit Pénal, de sorte qu'un droit pénal « d'auteur », qui déterminerait les peines par rapport à la personnalité de l'accusé et non par rapport à la culpabilité de celui-ci dans la commission des faits, ne serait pas légitime constitutionnellement* » avec citation des Arrêts du Tribunal Suprême 65/1986, 14/1988 et autres.

Par conséquent, là où dans les suppositions de l'injonction pénale, on inclut quelque chose de différent du fait objectif, et que cette chose s'associe davantage à la condition de l'auteur, à sa qualité d'homme, nous nous heurtons à un système dans lequel la peine est destinée à l'auteur en tant que tel. On peut punir l'auteur seulement pour le fait commis et en fonction de sa gravité, et il est évident que le même fait n'est pas plus grave parce que l'auteur est un homme et que la victime est une femme. Ce mode de procéder suppose une attaque frontale au principe de culpabilité.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Cependant, outre les raisons constitutionnelles exposées, deux autres objections supplémentaires peuvent être destinées à la réglementation projetée. D'une part, lorsque d'un point de vue systématique, on n'explique pas suffisamment que le délit de menace légère se rapporte à un précepte -l'article 171 – qui qualifie le délit de menaces, lorsque la menace consiste à causer un mal ne constituant pas un délit, la menace légère peut donc également reposer sur la menace d'un mal constituant un délit, mais que par rapport aux circonstances dans lequel il a lieu, il ne présente pas l'intensité de la menace constitutive du délit de l'article 169.

En outre, l'aggravation de la peine de la menace, lorsqu'elle est réalisée par celui qui enfreint une peine parmi celles visées par l'article 48 ou d'une mesure conservatoire ou de sécurité de la même nature, peut conduire à une violation du principe de *non bis in idem*, si l'on tient compte du fait que la violation de la peine ou de la mesure est punissable en soi ; et en outre, on introduit dans l'Avant-projet une modification de l'article 468, consistant justement à imposer, en tout état de cause, la peine de prison en cas de violation de ces peines ou de ces mesures, cela est souvent configuré par un délit aggravé de violation d'interdiction.

e) L'aggravation du délit de lésions

L'article 148 est réformé dans l'Avant-projet pour introduire une qualification aggravée de lésions « 4° *Si la victime est ou a été l'épouse, ou une femme qui est ou a été liée à l'auteur par une relation affective réciproque, même sans communauté de vie* ».



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Dans l'article 148, l'aggravation du délit de lésions pour des raisons relatives à la condition de la victime, s'applique « *si la victime est un mineur de moins de douze ans ou d'une particulière vulnérabilité* ». L'aggravation trouve son fondement dans une vulnérabilité plus importante de ces personnes et les circonstances de manque de défense dans lesquelles elles se trouvent, par leur condition d'âge ou de vulnérabilité, et malgré cela la qualification opère en termes objectifs, en présumant *ex lege* l'infériorité des victimes et l'abus de supériorité dont se rend coupable l'agresseur.

Dans la mesure où l'Avant-projet aggrave le délit de lésions si la victime « *est ou a été l'épouse, ou une femme qui a ou a été liée à l'auteur par une relation affective réciproque, même sans communauté de vie*, on présume également *ex lege* que la femme se trouve dans tous les cas de lésion, dans une situation d'infériorité. De cette manière, la circonstance aggravante générique d'abus de supériorité, qui dans les suppositions normales, doit être appréciée si elle coïncide dans le cas concret, avec la norme projetée, on présume qu'il y a toujours concours de cette circonstance lorsque la victime est l'épouse ou l'ex-épouse de l'agresseur, sans apprécier pour cette relation, un contenu plus important d'illicéité ou de reprochabilité dans le comportement de l'agresseur par rapport au délit de lésions, sans préjudice d'appliquer, le cas échéant, la circonstance mixte de lien de parenté de l'article 11, qui opère dans ces cas-là en tant qu'attaque contre les biens personnels, comme circonstance aggravante.

À la différence des mineurs et des personnes d'une particulière vulnérabilité, qui peuvent objectivement être considérés comme des personnes particulièrement vulnérables, on ne peut pas dire dans tous



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

les cas que la femme qui subit une agression des mains de son compagnon, se trouve en situation de particulière vulnérabilité ou de manque de défense. Si cela est dû à une situation de violence précédente, l'illicéité globale est évaluée à travers le délit contre l'intégrité morale de l'article 173.2 qui, comme on le sait, n'empêche pas la sanction dans le concours d'infractions des délits de lésions qui peuvent avoir été réalisés dans le contexte de domination.

Par conséquent, la qualification aggravée de lésions n'a de fondement, ni du point de vue de l'illicéité, ni de celui de la culpabilité. Il convient seulement de considérer le précepte sur la base d'une présomption légale d'infériorité de la femme, ce qui est inacceptable en tant que présomption. Par ailleurs, si elle se fonde sur une réelle situation de domination, alors, soit par la voie de la qualification pénale de l'article 173.2, soit par les circonstances génériques d'abus de supériorité, de discrimination pour des raisons de sexe et la circonstance mixte du lien de parenté, l'illicéité réalisée par l'auteur peut être suffisamment compensée à travers la peine.

En tout état de cause, une protection plus importante de la femme ne serait pas justifiée non plus ici, alors que ce ne serait pas le cas dans d'autres cercles et cadres réels de domination -comme les lésions envers les ascendants, par exemple-, pour lesquels parfois cette situation d'infériorité ou de plus grande vulnérabilité est plus constatable que pour la propre femme.

D'autre part, une fois de plus, sur la base de ladite discrimination positive, on favorise la femme moyennant une aggravation de la responsabilité pénale de l'homme -unique sujet actif de la qualification



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

aggravée- et pour cette raison les reproches formulés plus haut peuvent être réitérés ici.

3. Sur la création des Tribunaux de violence à l'égard de la femme

L'Exposé des Motifs indique que « *conformément à la tradition juridique espagnole, on a opté pour une formule de spécialisation au sein de l'ordre pénal, des juges d'instruction, en créant les Tribunaux de Violence à l'égard de la Femme et en excluant la possibilité de création d'un nouvel ordre juridictionnel ou la prise en charge de compétences pénales par des juges civils* ».

À partir d'une telle prémisse, ces tribunaux connaîtront de l'instruction et, le cas échéant, du jugement des causes pénales en matière de violence à l'égard de la femme, ainsi que des causes civiles qui y sont liées. On poursuit que les unes et les autres, en première instance, sont l'objet de traitement processuel devant le même organe, de sorte que le caractère intégral repose sur une protection de la victime la plus importante, la plus immédiate et la plus efficace possible, ainsi que sur les recours pour éviter des répétitions des agressions ou l'escalade de la violence.

L'Assemblée plénière du Conseil Général du Pouvoir Judiciaire dans son rapport approuvé le 21 mars 2001, s'est déjà questionné sur la nécessité de l'existence de Tribunaux spécialisés et de la rationalisation des normes de distribution, afin d'optimiser le rendement du système judiciaire face au phénomène de la maltraitance. Il faut rappeler que la R 13 (85) du Comité des Ministres du Conseil de



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

l'Europe sur la Violence dans la Famille, recommande d'étudier la possibilité de confier uniquement les affaires de violence de la famille, à des membres spécialistes de l'autorité judiciaire et d'instruction ou également aux tribunaux départiteurs.

Cela signifie qu'un modèle d'organisation concret n'étant pas inaliénable, ni obligatoire, il convient toujours, en ayant recours à la voie de l'article 98 de la Loi Organique du Pouvoir Judiciaire et au Chapitre I du Titre II (articles 16 et suivants) du Règlement 5/1995, du 7 juin, sur les Aspects Accessoires des Procédures judiciaires, d'attribuer la connaissance des affaires de violence domestiques à des organes concrets, à l'exclusion d'autres organes de leur cadre territorial.

Pour cela, le Conseil estime que cela est positif de recourir à l'idée de spécialisation, mais fonctionnelle, or, une question différente est, premièrement, la création d'organes spécifiques au-delà de la pure spécialisation fonctionnelle et, en deuxième lieu et en raison de ce qui a été dit jusqu'à présent, l'établissement d'une sorte de juridiction spéciale en raison du sexe de l'une des parties, chose propre à l'Ancien Régime et heureusement déjà dépassée depuis le XIXe siècle.

En effet, nous devons considérer qu'il existe plusieurs ordres juridictionnels, la connaissance des matières propres à chacun étant distribuée entre les différents organes juridictionnels de chacune de ces juridictions. C'est l'article 9 de la Loi Organique du Pouvoir Judiciaire, qui n'est pas réformé par l'Avant-projet, qui distribue les affaires aux différents ordres juridictionnels, la connaissance des procès et des jugements criminels correspondant à l'ordre pénal, et les matières qui lui sont propres correspondant à l'ordre civil ; et alors que l'ordre



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

juridictionnel touche à toutes les affaires non attribuées à un autre ordre, -juridiction résiduelle-, la préférence de l'ordre juridictionnel pénal détermine que, conformément à l'article 10 de la Loi Organique du Pouvoir judiciaire, cette juridiction peut connaître des matières propres à un autre ordre juridictionnel aux seuls effets préjudiciels. La juridiction ne peut, dans tous les cas, être prorogée.

Conformément à cela, le juge de l'ordre juridictionnel pénal connaît seulement des affaires pénales et uniquement des matières propres à un autre ordre juridictionnel ayant une incidence sur la procédure pénale comme question préjudicielle. Cependant, l'Avant-projet va au-delà en attribuant à l'organe pénal dénommé Tribunal de Violence à l'égard de la femme, des matières propres à l'ordre juridictionnel civil, non pas à caractère préjudiciel, mais principal. Nous sommes, par conséquent, face à une sorte de fusion de juridictions, qui a comme résultat une juridiction spéciale, la juridiction de la violence à l'égard de la femme, un hybride qui combine des aspects pénaux et civils - de différents genres - et sans perdre de vue les conséquences juridico-professionnelles de leurs décisions (cf. article 18).

On doit prendre en compte que l'existence du modèle traditionnel des Tribunaux mixtes, de Première Instance et d'Instruction, n'implique pas de confusion des juridictions. Le juge unique agit comme Juge de Première Instance en instance civile ou comme Juge d'Instruction en instance pénale, mais avec une claire séparation des ordres, sans aucune fusion.

De cette façon, du point de vue du schéma organique judiciaire, on peut remarquer que le caractère raisonnable dans le schéma de



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

l'organigramme judiciaire, implique que les organes judiciaires doivent être créés en tenant compte des branches de l'ordre juridique, des instances et des degrés processuels ou de la nécessité de spécialisation fonctionnelle par rapport à une matière concrète.

Concernant cette idée de spécialité fonctionnelle, on pourrait partager la création de ces Tribunaux comme il en existe déjà : de la Famille, des Mineurs ou de d'Application des peines. Or, le critère de spécialisation employé actuellement, n'est pas celui d'une branche de l'ordonnancement ou d'une matière, mais une spécialisation qui obéit à un objectif politique -lutter contre la violence à l'égard de la femme- est créée dans l'ordre pénal, en prenant comme base le sexe de la victime et la motivation ou l'intention de l'agresseur.

En outre, la prévision de l'Avant-projet avec le Mémoire économique, est triple donc il y a trois solutions possibles :

- ✍ Qu'un total de 21 nouveaux tribunaux de Violences soient créés dans des bâtiments neufs, dans les agglomérations dont la charge de travail le préconise et qui se consacraient exclusivement à ce sujet.
- ✍ Que des tribunaux déjà existants soient transformés en tribunaux de Violence à l'égard de la femme, et se consacraient également exclusivement à ce sujet. Ceci se fera lorsque il n'y aura pas de nécessité de création d'un nouveau bâtiment et enfin
- ✍ . Compatibiliser les tribunaux d'Instruction ou de Première Instance et d'Instruction déjà existants.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

On doit souligner que l'initiative de référence ne s'accompagne d'aucune étude statistique donnant une idée de ce que supposera une telle mesure pour l'organisation judiciaire. On ignore réellement combien de nouveaux bâtiments d'organes doivent être créés, on ignore quelle incidence cela aura sur les tribunaux d'instruction et surtout sur ceux de la Famille qui existent déjà et, dans ce cas, si une perte de compétences va se produire moyennant un transfert d'affaires massif ou limité. En même temps, on n'a pas précisé si avec cette loi, l'idée que la voie pénale a un « effet d'appel » serait renforcée, en considération des litiges de famille ou par les effets du travail et de la fonction publique, plus qu'effet d'appel, il faut penser à un effet multiplicateur.

Autrement dit, il faut se demander si la criminalisation des procès civils, les effets de la fonction publique et du travail impliquant la promotion d'une procédure relevant de la compétence de ces organes, plus les spécialités processuelles embrassées par le texte de référence, sur la base de l'idée que l'on se trouve face à une juridiction déterminée par le sexe, il convient de se demander, nous disions, si tout ceci ensemble ne va pas produire une profonde distorsion dans la planification de l'organisation judiciaire.

Dans ce sens, il convient de rappeler que la logique du système est qu'il y a, dans un premier temps, la norme substantive (qu'elle soit civile ou pénale), et en fonction de celle-ci, on configure les procédures -d'où l'adjectif du Droit processuel- et en fonction de ces deux prémisses, on organise les cours et les tribunaux.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Cependant, dans ce cas, la réforme est basée avant tout sur une idée de traitement judiciaire intégral des procédures dans lesquelles la victime est une femme ayant été l'objet de violence. Sur cette base, on pense en premier lieu à l'instrument -tribunaux-, pour lui donner du contenu, les règles de compétence et de spécialisation sont modifiées, d'où, en fin de compte, elle atteindra l'aspect substantif des normes applicables dans les litiges de famille. En configurant ces organes comme une spécialité au sein de l'ordre pénal -l'Exposé des Motifs l'expose ainsi- toutes les matières civiles qui relèvent de la compétence de ces organes, s'estompent du point de vue de leur nature.

La création de ces tribunaux produit, en outre, des effets indirects peu plausibles. L'apparence d'impartialité qu'un organe judiciaire doit revêtir est compromise, puisqu'un organe qui a comme fonction exclusive la protection de la femme, peut présenter des doutes d'impartialité pour l'homme dans la mesure où l'apparence donnée à ces organes est qu'ils sont créés, non pas pour appliquer avec impartialité la Justice, mais pour lutter contre une pathologie concrète des relations homme-femme qui se traduit par l'intention de l'agresseur matérialisée dans l'article 1.2, dont le concours peut finalement être simplement présumé. Ce fait est important puisque si l'agresseur n'agresse pas la femme dans l'intention de la discriminaliser ou dans l'intention de maintenir une relation de pouvoir qu'il exerce sur elle, mais dans l'intention de se venger, par emportement ou par jalousie, ces mêmes faits seront jugés par d'autres juges, ou même si cela est réalisé par le même, il le fera toujours conformément à d'autres procédures.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Pour conclure cet alinéa, il faut remarquer que bien que dans Loi 27/2003 tant de fois citée, on attribue déjà aux juges d'Instruction assurant la permanence, la possibilité d'adopter des mesures à caractère civil (cf, nouvel article 544 ter 5 et 7 Loi de Procédure Criminelle), une telle prévision se fait à partir des critères suivants :

✍ La compétence ne relève pas de certains organes nouvellement conçus ou créés, mais de ceux qui existent déjà.

✍ Il existe une limitation temporelle concernant les mesures civiles qui peuvent être adoptées et concernant le type de mesures.

✍ Tout ce régime fait référence à la violence domestique, sans discrimination du sexe de la victime, ni appréciation de l'intention de l'agresseur.

Au contraire, le texte de référence se caractérise par ce qui suit :

✍ Il engendrera un régime parallèle à celui qui existe déjà, avec un risque de chevauchement.

✍ Il se base sur un nouveau type d'organes judiciaires, en principe en marge des juges d'Instruction.

✍ Il fait seulement référence à la femme victime de violence et dans les circonstances de l'article 1.2.

✍ Il s'applique à plus de délits et la prise en charge des compétences civiles des nouveaux juges se généralise, ces mesures ne devant pas être conjoncturelles.

En définitive, et comme il a déjà été dit, avec le texte de



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

référence, on est loin d'évaluer l'expérience de l'application de la Loi 27/2003 et d'adopter des décisions normatives concernant cette dernière ; on opte d'une part, pour la dépasser (nouveaux juges, plus de compétences, généralisation des compétences civiles), mais en même temps pour la restreindre (seulement aux femmes), en engendrant un inquiétant panorama de confusionnisme processuel et de compétences. Pour ces raisons, on suggère une réflexion plus importante et une reconsidération de l'initiative de référence.

4. Sur les règles de distribution de compétences

a) Attribution de compétences pénales

Un nouvel article 87 ter est incorporé à la Loi Organique relative au Pouvoir Judiciaire à travers l'article 33 de l'Avant-projet, pour attribuer la compétence auxdits Tribunaux de Violence à l'égard de la femme. Corrélativement, l'article 87 de la Loi Organique mentionnée et l'article 14 de la Loi de Procédure Criminelle, ont été réformés, dans le but de soustraire au juge d'instruction la compétence pour instruire les procès relevant de la compétence des Tribunaux de Violence à l'égard de la femme.

L'idée rectrice de cette attribution de compétence consiste à attribuer la connaissance de délit déterminés -homicide, avortement, lésions, lésions au fœtus, délits contre la liberté, tortures et autres délits contre l'intégrité morale, contre la liberté et l'indemnité sexuelle ou tout autre délit commis avec violence ou intimidation – en fonction de savoir si « *ils ont été commis contre la personne qui est ou a été son épouse, ou une femme qui est ou a été liée à l'auteur par une relation d'affection*



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

réci-proque, même sans communauté de vie ». Mais seul dans les cas où cela se serait produit « *lors d'actes de violence à l'égard de la femme dans les termes de l'article 1 de la Loi Organique, Intégrale de Mesures contre la Violence exercée sur la femme* », selon ce qui est stipulé dans le 5^e alinéa projeté de l'article 14 de la Loi de Procédure Criminelle. C'est-à-dire que les Tribunaux de Violence à l'égard de la femme reçoivent une compétence si les conditions suivantes sont réunies :

1. Que le sujet actif soit l'homme et le sujet passif la femme dans les cas établis -.
2. Que les délits énumérés soient commis « *pour maintenir la discrimination, l'inégalité et les relations de pouvoir des hommes par rapport aux femmes* ».

Le Tribunal de Violence à l'égard de la femme assume la compétence pour l'instruction de ces délits, le Juge d'instruction la soustrayant au Juge ordinaire, et pour la connaissance et le jugement de contraventions déterminées. Cela nous porte à réfléchir, en premier lieu, sur le cadre objectif des compétences et, en second lieu, pour savoir s'il y a des raisons d'attribuer l'instruction de ces délits à un nouvel organe judiciaire, différent des Tribunaux d'Instruction traditionnels.

La première chose observée est que l'attribution objective ne se fait pas en fonction de la matière, mais en fonction du sexe du sujet actif et passif, donc la matière, la nature des délits attribuée à la connaissance du juge de Violence à l'égard de la femme est identique à celle que la loi en vigueur attribue au Juge d'instruction, ce qui a des



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

conséquences peu raisonnables, puisque, par exemple, l'instruction d'un délit d'homicide est identique, quelle que soit la victime de ce délit. L'apparence d'impartialité objective que transmet le Tribunal d'instruction, qui reçoit sa dénomination d'une phase de la procédure pénale, se dissipe si l'instruction d'un délit d'homicide est attribuée à un Tribunal qui ne reçoit pas sa dénomination pour des raisons fonctionnelles, mais pour la qualité personnelle du sujet actif et passif du délit.

On pourrait justifier la disposition légale en recourant aux Tribunaux de Mineurs : l'homicide que commet un mineur est toujours égal, mais ce terme de comparaison se dissipe si l'on prend en compte que la raison d'être des Tribunaux de Mineurs réside dans l'ex article 25 de la Constitution, dans la nécessité d'aller vers la récupérabilité du mineur, – personne qui est en train de se construire – d'où un ensemble de spécialités pénologiques, de traitement et de rééducation. Dans le cas rapporté en marge de l'aggravation ou non des peines, ces dernières, en tant que telles, sont les mêmes. En définitive, tout dépend du sexe de la victime et, nous le répétons, il n'y a pas de base capable de justifier une organisation judiciaire pour cette raison, de la même manière qu'il n'y en a pas non plus en raison de la race, ni de l'idéologie, ni des croyances ; en fin de compte, pour aucune des références d'égalité de l'article 14 de la Constitution.

Quant au cadre objectif, on inclut certains délits dont on conçoit difficilement l'appartenance au propre contenu des délits auxquels fait référence l'article 1 de l'Avant-projet, qui pose tant de problèmes d'interprétation. Par exemple, il est difficile et même malséant de penser qu'un homicide ou un avortement est commis « pour entretenir la discrimination, l'inégalité et les relations de pouvoir des hommes par rapport aux femmes ». Or, dans la réalité criminologique, cette



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

motivation spéciale, même lorsqu'elle est toujours présente, restera difficile à prouver lors de la procédure, elle ne se présente habituellement pas dans certains types de délits comme ceux déjà signalés, ce qui peut conduire, dans la pratique, à l'inutilité de ces tribunaux, à plus forte raison si la mort de la femme s'est produite, dans lequel cas, la loi n'a plus aucun sens, elle devient inapplicable puisqu'il n'y a malheureusement plus aucune violence à prévenir (article 1.1 du texte de référence). Dans ces cas, quel est le juge compétent ?

Néanmoins, mis à part le fait que cette intentionnalité n'est pas présente dans la plupart des cas de la réalité quotidienne, et même si elle l'était, nul ne méconnaît que les éléments subjectifs d'un délit peuvent uniquement être prouvés dans la procédure par la preuve par indices, après un raisonnement logico-déductif réalisé par le juge de première instance, après avoir procédé à l'analyse de l'examen des preuves. À partir de ce point de vue, dans la mesure où la compétence du Juge de Violence à l'égard de la femme dépend de la vérification préalable de cette motivation spéciale du sujet actif et que celle-ci sera seulement appréciable après l'audience de jugement, dans la pratique il serait impossible d'attribuer la compétence au Juge de la Violence pour instruire l'affaire; ou autrement dit : tant qu'une décision judiciaire n'est pas rendue, on ne sait pas si les étapes de la procédure ont été suivies par le juge compétent, et en tout état de cause, sans pouvoir accepter le concours de cette intention. Et le problème réside dans l'attribution de la compétence, non pas sur des critères objectifs mais en fonction de l'intention de l'auteur.

Outre ce qui a été dit antérieurement, et en analysant concrètement le cadre objectif, cela n'a aucun sens d'inclure les délits



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

de tortures dans cette relation, à partir du moment où la torture, techniquement parlant, est un délit que commettent « *les autorités ou les fonctionnaires publiques, avec un abus de leur fonction et afin d'obtenir une confession ou une information* ». , sans préjudice de l'inclusion d'autres délits contre l'intégrité morale auxquels fait référence le Titre VII du Livre II du Code Pénal et tant qu'ils se produisent dans le cadre de l'application de la Loi.

Inclure tous les délits commis avec violence ou intimidation à l'encontre de la femme n'a pas de sens non plus, puisqu'on ne comprend pas très bien quel lien ont ces délits avec l'objet de cette loi, comme par exemple, la réalisation arbitraire du propre droit, le vol avec violence ou intimidation, l'extorsion, etc.

D'autre part, on peut également critiquer le fait d'inclure, au sein du cadre de la compétence de ces tribunaux, l'instruction de n'importe quel délit contre les relations familiales, si on se base sur le fait que la victime soit seulement la femme, puisque -comme on le sait déjà- dans ce Titre XII sont inclus les délits de mariages illégaux, de présomption de maternité et de la modification de la paternité, l'état ou la condition du mineur, la violation des devoirs de garde et de l'incitation du mineur à l'abandon du domicile et de l'abandon de la famille, des mineurs ou des personnes d'une particulière vulnérabilité.

En définitive, les délits que doivent instruire les Tribunaux de violence à l'égard de la femme sont des délits communs et ne présentent aucune singularité quand à leur enquête et leur instruction par rapport à ceux attribués au juge d'Instruction ordinaire. Et du point de vue de l'adoption de mesures conservatoires, le Juge d'instruction a



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

les pleins pouvoirs pour leur adoption dans les limites constitutionnelles.

b) Attribution par *vis atractiva* de compétences civiles au Juge de Violence à l'égard de la femme

Il n'est pas nouveau qu'en matière de violence, le juge pénal assume des fonctions civiles; c'est, en fin de compte, le modèle initié avec la Loi 27/2003. Cependant, le changement qui est réalisé maintenant est qualitatif. Le nouveau modèle -comme il a été remarqué plus haut- généralise cette possibilité, et en outre, la connaissance d'affaires à caractère civil, en dehors du fait d'être plus étendue, n'est pas purement conjoncturelle ou conservatoire.

De cette manière les matières d'ordre civil qui sont attribuées aux tribunaux de Violence sont très variées, l'expression « pourront » étant par ailleurs condamnable puisque le fait que ces tribunaux connaissent ou pas de ces affaires, peut sembler facultatif. En tout état de cause, à partir de la notion de violence à l'égard de la femme et à partir de l'objet de l'Avant-projet (cf. à nouveau l'article 1), on ne comprend pas facilement l'attribution de matières comme la filiation, la maternité et la paternité, la reconnaissance d'efficacité civile des arrêts ou des décisions ecclésiastiques en matière matrimoniale, des relations parents-enfants en général, celles qui ont pour objet l'adoption ou la modification de mesures à transcendance familiale, lorsqu'elles ne sont pas complètement liées à la loi elle-même ou lorsque la modification nécessaire de la loi de Procédure Criminelle n'est pas menée à bien, et cela même si les conditions auxquelles fait référence le 3ème paragraphe de l'article 87 ter, sont remplies de manière simultanée.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

En tout état de cause, il manque ou on peut deviner les effets contraires qu'entraînerait la contravention de référence sur d'autres matières qui, sans être affectées par l'objet de la loi, ont une transcendance spéciale, comme c'est le cas de la tutelle et la garde des enfants mineurs, ou de la procédure en matière d'obligation alimentaire réclamée par un parent contre l'autre, au nom des enfants mineurs.

Par ailleurs, il faut tenir compte du fait que le précepte, en outre, ne résout pas d'importants problèmes par rapport à l'attribution et à la perte de la compétence civile par le Juge de la Violence à l'égard de la femme. Le droit au juge naturel est prédéterminé par la loi, c'est l'un des principes de base de l'ordonnancement judiciaire espagnol (article 24.2 de la Constitution), de sorte que si on exige seulement au juge de violence d'assumer des compétences pour l'instruction de n'importe quelle infraction ou pour instruire un procès de l'une des questions civiles auxquelles fait référence l'article 87 ter, qu'une procédure pénale « *ait été initiée* » pour un délit ou une contravention à la suite d'acte de violence à l'encontre de la femme, ou qu'un ordre de protection ait été adopté, nous pouvons, en quelque sorte, remarquer que l'élection du juge compétent dépend entièrement des parties, en l'occurrence la victime présumée, puisque la simple ouverture de l'instruction pénale répond au simple fait d'interposer une plainte, sans que le texte de référence ne prévoit la possibilité que, quasiment de manière immédiate, les diligences pénales soient archivées ou, que plus tard, la procédure soit sursise, y compris de manière provisoire.

Dans ces cas-là, que se passerait-il avec les procédures civiles que le juge est en train d'instruire si l'une de ces situations se



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

produisait? Théoriquement, le juge de Violence ne connaîtrait plus de tous les procès civils en raison du manque de donnée de fait du nouvel article 87. ter. 3. c), on pourrait donc assister à un transfert de procès civils peu recommandable ; par exemple les procédures du juge de la Famille iraient au juge de la Violence et elles iraient à nouveau au juge de la Famille. Il a été démontré qu'une telle spécialisation n'est pas nécessaire, lorsque celui qui connaît de ces affaires est un juge de Première Instance et d'Instruction qui assume aussi les tâches en relation avec la violence : le transfert d'affaires se réalisera « avec lui-même ».

D'autre part, il faudrait également se demander jusqu'à quel point il est suffisant que le juge remette les procédures à l'organe judiciaire qu'il considère compétent, lorsqu'il estime que « *de manière notoire* », les faits ne constituent pas d'expression de violence à l'égard de la femme, puisqu'en dehors de l'indéfinition de l'expression, il n'est pas clair non plus de savoir s'il peut effectuer le renvoi (pour incompétence) à partir du moment où il constate le défaut de relation des faits avec la matière faisant l'objet de cette loi, à plus forte raison, par l'imprécision de l'article 1 de l'Avant-projet.

c) Sur la perte survenue d'une compétence objective : droit au juge ordinaire

L'article 38 régit la « *perte de compétence objective lorsque des actes de violence à l'égard de la femme se produisent* », en ajoutant un nouvel article 49 bis de la Loi de Procédure Civile. Concernant ce sujet, le Conseil évalue la possible collision de la mesure avec le droit au Juge ordinaire prédéterminé par la loi. On doit



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

donc prendre en compte que le Tribunal Constitutionnel a déclaré à travers l'Arrêt du Tribunal Constitutionnel 47/1983, que le droit constitutionnel au juge ordinaire prédéterminé par la loi et reconnu par l'article 24.2 de la Constitution, exige que l'organe judiciaire ait été créé préalablement par la norme juridique, que celle-ci lui ait conféré la juridiction et la compétence antérieurement au fait ayant motivé l'action ou la procédure judiciaire et que son régime organique et processuel ne permette pas de le qualifier d'organe spécial ou exceptionnel. Par conséquent, **si un fait ultérieur à l'attribution de la compétence servait à priver le juge de l'affaire dont il a connaissance, le droit au juge prédéterminé serait enfreint.**

Les raisons sont les suivantes :

En premier lieu, il semble plus correct que dans les suppositions dans lesquels il convient légalement d'inhiber un organe en faveur d'un autre, que cela se fasse en faveur du juge qui connaissait en premier de l'affaire, puisqu'autrement, il suffirait de promouvoir une nouvelle action ayant le même objet devant un autre organe judiciaire ultérieurement, pour la révocation du premier. Ainsi, par exemple, l'article 79 de la Loi de Procédure Civile stipule que les procès les plus récents s'accumuleront avec les anciens, l'ancienneté étant déterminée par la date de présentation de la demande. La raison au fait que les affaires les plus récentes soient celles qui s'accumulent est claire : le contraire permettrait aux parties de disposer de la compétence de l'organe judiciaire.

De cette façon, l'Avant-projet (article 38) ajoute le nouvel article 49 bis de la Loi de Procédure Civile selon lequel « *lorsqu'un Juge ou un*



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

tribunal, qui connaît d'une procédure civile, est informé de la commission d'un acte de violence à l'égard de la femme dans les termes de l'article 1 de la Loi Organique Intégrale de Mesures contre la Violence exercée sur la Femme, et ayant donné lieu à l'ouverture d'une procédure pénale ou à un ordre de protection, après avoir vérifié le concours des conditions prévues dans l'article 87 ter, paragraphe 3 de la Loi Organique relative au Pouvoir Judiciaire, il devra s'inhiber, en remettant le dossier judiciaire en l'état au Juge de Violence à l'égard de la Femme compétent ». C'est-à-dire que, l'inhibition du juge qui connaît le dossier antérieurement, est réalisée en raison d'un fait nouveau en faveur du Juge plus récent, en modifiant la solution ordinaire de ces problèmes de concours de procédures.

Il est certain que la juridiction et la compétence du Tribunal de Violence à l'égard de la femme est déterminée antérieurement au fait motivant l'action ou la procédure judiciaire, mais concernant le Tribunal de Première Instance, la perte de compétence survenue pour un fait ultérieur, équivaut à une indétermination du juge qui en définitive, va connaître de l'affaire, et de ce point de vue le droit au Juge ordinaire prédéterminé par la Loi est contredit, puisqu'il serait seulement prédéterminé provisoirement ou de manière conditionnée, dans la mesure où la compétence civile serait sujette au fait qu'il n'y ait pas de condition résolutoire -la réalisation d'actes de violence-, ce qui dépend en dernière instance de la volonté de l'auteur.

Dans ces conditions, la réforme projetée par l'article 38 de l'Avant-projet enfreint clairement le droit au juge ordinaire prédéterminé par la loi (article 24.1 de la Constitution).



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

En deuxième lieu, il faut tenir compte du fait que cet article 49 bis implique la perte de compétence, ce qui affecte aussi l'inamovibilité judiciaire. Cela revient au même d'écarter le Juge pour le priver de la connaissance de l'affaire, que de ne pas l'écarter, mais le priver de celle-ci, en le privant de sa compétence initiale. Par exemple, un mari mécontent de l'évolution de la procédure judiciaire de séparation peut, en réalisant n'importe quel acte de violence à l'encontre de sa femme, écarter le Juge de la connaissance de l'affaire. Et dans le sens inverse, la femme peut faire déplacer l'affaire civile vers la juridiction du juge de Violence, par la simple interjection d'une dénonciation ou d'une demande d'ordre de protection.

Enfin, on se demande ce qu'il advient des procès civils dont le juge de Violence connaîtrait mais qui, lorsqu'il aurait commencé ses procédures, celles-ci se trouveraient déjà en deuxième instance. En principe, il ne conviendrait pas que le juge de violence fasse aucune requête en déclinatoire de compétence au juge de Première Instance, parce que ce dernier manque de compétence fonctionnelle. Malgré cela, dans le nouvel article 49bis 1 et 2 de la Loi de Procédure Civile, il y a une référence au « juge ou tribunal », donc cette référence au « tribunal » paraîtrait indiquer qu'une Cour d'Appel -organe d'appel- pourrait se voir requérir l'inhibition, et donc elle devra s'inhiber en faveur du juge de Violence ; de cette façon, aussi choquante soit-elle, cette possibilité existe-t-elle vraiment ? Et si cela est le cas, cela signifie-t-il que le juge de Violence pourra réviser ce qui a été jugé en première instance civile ? De telles questions méritent d'être clarifiées.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

d) Procédures abrégées, juges d'Instruction assurant la permanence et juges de Violence

Tel qu'il a été mentionné plus haut, le modèle de référence entraîne des dysfonctionnements évidents. En effet, il est certain que la Sixième Disposition Additionnelle prévoit que, dans un délai de six mois à compter de l'entrée en vigueur de l'Avant-projet de référence, le Conseil Général du Pouvoir Judiciaire dictera un règlement pour rendre adéquats les services de garde avec l'existence des nouveaux tribunaux de Violence à l'égard de la Femme. De cette façon, au moins deux problèmes se posent et ils doivent être résolus par le législateur sans attendre le développement réglementaire réalisé par ce Conseil.

En premier lieu, la procédure des dites « procédures abrégées » (Titre III du Livre IV de la Loi de Procédure Criminelle) s'avère applicable pour l'instruction et la mise en examen des « *délits de lésions, de contraintes, de menaces ou de violence physique ou psychique habituelle, commis contre les personnes auxquelles fait référence l'article 173.2 du Code Pénal* » [article 795.1.2^a, a) Loi de procédure Criminelle]; de plus, l'article 14.3 de la Loi de Procédure Criminelle prévoit que le juge d'Instruction assurant la permanence du lieu de la commission du délit, dicte un jugement d'accord, dans les termes de l'article 801 de la Loi de Procédure Criminelle. D'autre part, l'article 962.1 du même texte stipule la mise en examen immédiate des contraventions de l'article 620 du Code Pénal, tant que dans ce dernier cas, la personne lésée soit l'une des personnes auxquelles fait référence l'article 173.2 du même Code. Et enfin, il ne faut pas oublier que l'instruction des procédures abrégées pour délits et contraventions mentionnés, est réalisée par le Juge d'Instruction assurant la



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

permanence (article 797 et suivants de la Loi de Procédure Criminelle et article 40.1 du Règlement CGM 5/95 sur les Aspects Accessoires des Dispositions Judiciaires).

En deuxième lieu, le législateur doit garder à l'esprit que le système de l'ordre de protection prévu par la Loi 27/2003 repose principalement sur l'action urgente du Tribunal d'Instruction assurant la permanence, ce qui est directement lié à la nécessité de donner une réponse efficace et rapide à la victime. Cette constatation entraînera nécessairement des conséquences sur l'organisation des Tribunaux de Violence, sans que ce problème ne soit résolu à travers ce qui est stipulé par l'article 42 de l'Avant-projet, ni par le nouvel article 81.1 e) de la Loi Organique en matière de Pouvoir Judiciaire que l'Avant-projet lui-même introduit à travers le 3^{ème} alinéa de sa Huitième Disposition Additionnelle.

Tout ce qui a été dit signifie qu'une partie importante des procédures de ce cadre, qui relèveraient de la compétence des juges de Violence, seront en réalité instruites par les cours processuels des procédures abrégées pour délit ou contravention et, par conséquent, par les Tribunaux d'Instruction assurant la permanence, ce qui peut s'avérer incompatible avec la réglementation des Tribunaux de Violence à l'égard de la femme prévus par l'Avant-projet, il faut donc conclure que les cas typiques de violence domestique seront instruits par le juge assurant la permanence du lieu de commission à travers ces diligences urgentes.

En tenant compte des principes d'oralité, de concentration et d'immédiation qui sont aujourd'hui en vigueur dans le procès civil, le



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

juge connaissant de celui-ci ne peut pas s'inhiber en faveur du juge de Violence, puisqu'une fois les sessions de l'audience de jugement ouvertes, c'est le seul à être compétent pour dicter la décision, sauf si tout ce qui a été instruit perd son effectivité, avec le retard inconsideré qui en résulte. Et, ce qui est certain, on ne prévoit absolument pas que le juge de Violence assure toujours la permanence, pour autant qu'il doive être en adéquation avec la Sixième Disposition Additionnelle, donc -sauf si l'on opte pour une politique de création illimitée de ces nouveaux organes – à quoi servent les spécialités de la loi dans ces cas si la compétence ne reviendra pas au juge de Violence ?

La comparution stipulée dans le 2ème alinéa du nouvel article 49 bis (article 38 de l'Avant-projet) pose aussi des problèmes. Dans celui-ci, le juge est transformé en simple spectateur et, dans tous les cas, il est garant de formalités processuelles bien déterminées, sans avoir à adopter de décision à ce sujet. Si, comme il a été annoncé, on prétend, dans le cadre de la réforme Judiciaire, donner des compétences plus importantes au Ministère Public, il semble plus raisonnable que la comparution se tienne directement devant ce dernier pour que, dans les délais fixés par mesure de prudence, qui seront brefs dans tous les cas, il adopte la décision correspondante afin de dénoncer les actes de violence ou de solliciter l'ordre de protection.

En outre, ce nouvel article 49 bis2 de la Loi de Procédure Civile stipule que le juge civil qui connaît d'un cas de violence à l'égard de la femme, déductible des affaires qu'il connaît, en informera le Ministère Public *«après quoi le Ministère Public, devra décider, de manière immédiate, s'il procédera dans les 24 heures suivantes à la dénonciation des actes de violence à l'égard de la femme ou à la*



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

demande d'un ordre de protection devant le Tribunal de Violence à l'égard de la Femme qui s'avère compétent ». Si cela se fait de « manière immédiate » -sans prendre le temps de réfléchir-, cela a-t-il un sens de dire au ministère public qu'il doit décider immédiatement ce qu'il va faire dans les 24 heures?

Dans le même précepte, on abroge le régime général des questions de compétences entre juges et tribunaux de l'ordre civil, plus concrètement pour ne pas donner audience aux parties et au Ministère Public, ce qui peut donner lieu à des situations de déni de justice contraires à l'article 24.1 de la Constitution, indépendamment du fait que, pour des raisons d'urgence, on puisse comprendre que ponctuellement il puisse être nécessaire d'assumer la compétence dans des matières déterminées du cadre législatif, bien que cela puisse, dans ce cas, engendrer le recours correspondant, ou obliger le juge à confirmer ultérieurement la mesure, après audience des parties.

e) La compétence territoriale pénale en fonction du domicile de la victime

Une altération substantielle des critères d'attribution de compétence en matière pénale se produit. Comme il est bien connu, le droit privilégié, selon l'article 14 de la Loi de Procédure Criminelle est celui du lieu de commission du délit, pour dire que c'est à cet endroit que s'est produite la rupture de la cohabitation sociale et la poursuite du fait criminel. Il est certain que l'article 15 mentionne d'autres droits alternatifs, mais pas celle du lieu du domicile de la victime, critère de compétence absolument nouveau qui est introduit à l'article 39 de l'Avant-projet en ajoutant un nouvel article 15 bis à la Loi de Procédure



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Criminelle.

Il faut prendre en compte le fait que la détermination de la compétence territoriale en fonction du lieu de la commission du délit a une explication dogmatique claire, et seulement à défaut de celle-ci, d'autres droits subsidiaires peuvent être décidés. Le principe de territorialité détermine le cadre spatial d'application de la norme pénale. Il est universellement reconnu que l'État dont l'espace de souveraineté a été le lieu où a été commis le délit, possède le pouvoir punitif, et le principe de territorialité n'est pas discuté. Pour cette raison, y compris au sein du propre État, le critère territorial de commission du délit est le critère privilégié pour l'attribution de la compétence.

Il est évident qu'avant de déterminer la juridiction, le délit doit avoir été commis en Espagne. Et une fois que le pouvoir punitif de l'État sera déterminé, les règles de distribution interne de la compétence pourront combiner différents facteurs. Jusqu'à présent, la Loi de Procédure Criminelle a utilisé comme juridiction préférentielle, le lieu de la commission du délit (*forum delicti commissi*), en prenant en compte que c'est sur le lieu où a été commis le fait que se produit la plus grande proximité entre le fait et le procès, facilitant ainsi l'enquête puisque ce sera sur ce lieu que l'on trouvera plus facilement des sources de preuve. L'enquête à distance est plus compliquée (recueil de vestiges du fait, déclarations des témoins sur les lieux, etc.). Et ce qui peut supposer un avantage pour la victime, peut supposer une charge excessive pour des tiers, comme par exemple les témoins résidant sur les lieux des faits qui devront se déplacer jusqu'à la circonscription judiciaire du domicile de la victime pour rendre témoignage comme il se doit.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

En outre, le lieu de commission est inaltérable par la volonté des parties. Le fait est commis où il a effectivement eu lieu. Au contraire, le fait de déterminer la compétence en fonction du domicile de la victime est modifiable par la volonté de celle-ci. Et si, initialement, le but est de favoriser la proximité entre la victime et l'organe, cela se fait aux dépens de l'éloignement entre l'organe et le fait. De plus, un simple changement de domicile de la victime frustrerait l'objectif de la norme.

f) De la compétence connexe

Dans l'article 40 de l'Avant-projet, un nouvel article 17 bis est ajouté à la Loi de Procédure Criminelle pour étendre la compétence des tribunaux de Violence à l'égard de la femme aux délits et contraventions connexes, pourvu que la connexité trouve son origine dans l'une des suppositions prévues dans les numéros 3 et 4 de l'article 17, c'est-à-dire, les délits commis en tant que moyen d'en perpétrer d'autres ou de faciliter leur exécution et ceux commis pour provoquer l'impunité d'autres délits.

Avec cette disposition, d'une part, certains délits connexes qui, indubitablement, peuvent aussi se produire dans le cadre de la loi spéciale, peuvent rester hors de la compétence des tribunaux de Violence à l'égard de la femme, et d'autre part, ils excluent de manière notoire les suppositions du numéro 5 du même article 17.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

g) Protocoles élaborés par la Commission de Suivi de l'Ordre de Protection.

Comme on le sait, suite à la Loi 27/2003 (Deuxième Disposition Additionnelle), une Commission de Suivi a été constituée le 22 juillet 2003, et c'est une instance à laquelle participe ce Conseil, ainsi que le Bureau du Procureur Général de l'État, les Ministères concernés, les Communautés Autonomes, la Fédération des Communes et des Provinces, les Avocats et les Avoués.

Suite à son travail, plusieurs protocoles ont été élaborés, de telle sorte que l'on devrait mettre en avant la possibilité que le contenu de certains de ces instruments, ainsi que d'autres idées et suggestions, soient incorporés à l'Avant-projet, en leur donnant une valeur normative qui les rendraient plus efficaces. Mais en tout état de cause, et comme on l'a déjà dit avec insistance, concernant le nouveau régime établi par la Loi 27/2003, un nouvel autre régime se superpose dans un espace de temps très court, avec un risque clair de chevauchement et de confusionnisme processuel et de chevauchement des compétences si on compare l'action de cette Commission avec les fonctions du nouvel Observatoire (cf. Article 25.1 du texte de référence).

h) Publicité vexatoire et compétence du juge de Violence

Au sein de la vocation intégrale du texte de référence, la Loi Générale de Publicité est modifiée. Dans l'alinéa VII de ce Rapport, on analysera ces aspects et plus particulièrement tout ce qui est relatif à la surprenante attribution de compétence à ces tribunaux de Violence -il ne faut pas oublier qu'ils représentent une spécialité de l'ordre pénal-,



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

pour également connaître des actions de cessation de publicité vexatoire, à claire connotation civile et qui ont peu de relation avec la violence à l'égard de la femme.

5. Sur le droit d'action en justice de la Délégation du Gouvernement contre la Violence à l'égard de la Femme.

Concernant cet organe, il convient seulement de parler de l'article 24.2 qui prévoit « *qu'elle serait habilitée devant les organes judiciaires pour intervenir en défense des droits et des intérêts protégés par cette Loi* ».

Il est évident que si cette Délégation est un organe de l'Administration Centrale d'État, elle n'est pas configurée comme un organisme public doté de personnalité juridique propre ; il ne convient donc pas qu'elle soit habilitée à agir en justice puisqu'elle est dépourvue de capacité judiciaire. Par conséquent, pour être habilitée, elle doit être créée expressément en tant qu'organisme public, et dans le cas contraire, ce sera la propre Administration Centrale qui sera habilitée.

Dans l'épigraphe VII du présent Rapport, on reviendra de nouveau sur cette habilitation ainsi que sur celle des services sociaux selon l'article 14.

6. Sur les fonctions du Ministère Public

L'Avant-projet crée le Procureur de la Violence exercée sur la Femme, qui sera chargé de la supervision et de la coordination du Ministère Public concernant cet aspect, ainsi qu'à travers la création



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

d'une Section équivalente dans chaque Bureau du Procureur des Tribunaux Supérieurs de Justice et des Cours d'Appel auxquelles seront assignés des Procureurs spécialisés en la matière. Les Procureurs interviendront dans les procédures pénales pour les faits constitutifs de délits ou de contraventions, dont la compétence est attribuée aux Tribunaux de Violence à l'égard de la Femme, outre leur intervention dans les procès civils de nullité, de séparation ou de divorce, ou qui portent sur la tutelle et la garde des enfants mineurs, dans lesquels sont invoqués des maltraitances sur le conjoint ou les enfants.

Comme antécédent, il faut citer la Circulaire 1/1998 *sur l'Intervention du Ministère Public dans la poursuite des maltraitances, dans le cadre domestique et familial* par laquelle, un Service de Violence Familiale pour le suivi et l'attention des procès de cette nature a été créé dans chaque Bureau du Procureur.

Tel qu'il a été remarqué plus haut, le rôle attribué au Ministère Public n'est pas particulièrement nouveau en soi, puisqu'en marge du fait que l'article 1.2 ait été maintenu dans son intégrité, ce Conseil considère qu'avant de créer une nouvelle catégorie d'organes unipersonnels, le poids de la protection judiciaire intégrale devrait se baser sur le fait qu'il existe déjà des instances qui peuvent et doivent assumer une fonction coordinatrice. C'est le cas du Ministère Public. **Il est choquant de voir qu'un futur protagonisme du Ministère Public dans la réforme de la Justice ayant été annoncée, dans le Mémoire économique on prévoit que les frais pour un tel Ministère s'élèveront à un total de zéro ; son rôle se basera donc sur un Procureur délégué et sur la création de sections dans les bureaux**



du procureur déjà existants. Au contraire, ce sera l'organisation judiciaire qui se développera, de sorte que, comme il a déjà été annoncé, une fois de plus tout dépendra des juges.

En définitive, le Ministère Public doit être davantage renforcé en tant qu'instrument de suivi des différentes procédures, tant pénales que civiles, dans un même cadre domestique. Dans ce sens, il est contradictoire que l'article 50 de l'Avant-projet prévoit que le Procureur Général près la Cour de Cassation nomme, comme délégué, un Procureur contre la violence exercée sur la femme et que ce délégué n'intervienne pas dans toutes les procédures pénales mais seulement « *dans les procédures pénales d'une transcendance particulière appréciée par le Procureur Général près la Cour de Cassation* » [article 18 quater 1 a) du Statut Organique du Ministère Public], alors que pour les affaires civiles -théoriquement subordonnées aux affaires pénales- il intervient toujours [article 18 quater 1 b) du Statut].

En second lieu, et dans le cas où le renforcement du procureur ne donne pas de résultats positifs, il faudra miser, outre sur la création de nouveaux organes, sur la spécialisation fonctionnelle des organes déjà existants et après avoir examiné les conséquences de cette expérience sur l'incidence de la loi et, surtout, sur l'incidence des réformes processuelles, décider à moyen terme s'il est recommandable de créer ou non un nouveau type de tribunaux. Ce qu'il ne faudrait pas faire, ce serait de créer en premier, un organe qui renforcera présumément le caractère litigieux.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

VI

OBSERVATOIRE NATIONALE DE LA VIOLENCE À L'ÉGARD DE LA FEMME ET FORMATION DES JUGES ET DES MAGISTRATS

1. Observatoire National des Violences à l'égard de la Femme

L'article 25 prévoit, au sein de la protection institutionnelle, la création de l'Observatoire Nationale des Violences à l'égard de la Femme. À ce sujet, nous devons attirer l'attention sur l'existence de l'Observatoire contre la Violence Domestique et de Genre, déjà créé suite à la Convention signée le 26 septembre 2002 par le Conseil Général du Pouvoir Judiciaire et par les Ministères de la Justice et du Travail et des Affaires Sociales, pour le traitement de la violence domestique et de genre dans le cadre de l'Administration de Justice.

Cet Observatoire a été créé dans l'objectif de doter d'effectivité les actions que chacune des trois institutions développent séparément en la matière, par le biais de l'élargissement de la composition des Communautés Autonomes avec des compétences en matière de justice, ainsi que celui du Bureau du Procureur Général de l'État, en respectant ainsi le principe constitutionnel de coordination administrative pour la défense, la garantie et la protection des droits fondamentaux des citoyens. Depuis sa création, l'Observatoire a réalisé un travail important.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Les activités les plus importantes développées par l'Observatoire sont, entre autres, les suivantes :

1. Le travail d'enquête du suivi des Arrêts et des décisions judiciaires dictés par les Juges, afin de connaître de quelle manière sont appliquées les lois que les Chambres législatives approuvent et pour évaluer l'efficacité des réformes législatives.

2. Création d'un Registre Central pour la protection des victimes de la violence domestique, inclus dans la Loi 27/2003, du 31 juillet, réglementant l'Ordre de Protection et approuvé par le Décret Royal 355/2004.

3. Réunions de l'Observatoire avec des collectifs et des associations impliqués en la matière.

4. Travaux de divulgation, en particulier entre juges, procureurs, avocats, avoués, administrations publiques, universités, associations, Défenseur du Peuple, services sociaux, etc.

5. Création de la Commission de Suivi de l'Ordre de Protection constituée par des représentants du Conseil Général du Pouvoir Judiciaire, du Ministère de la Justice, du Ministère du Travail et des Affaires Sociales, du Ministère Public, des Communautés Autonomes avec les compétences en matière de Justice, des représentants d'Ordres Professionnels dans le cadre de la Justice et de la Fédération des Municipalités et des Provinces, avec des



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

compétences pour l'élaboration de protocoles à portée générale pour l'implantation de l'Ordre de Protection et d'instruments adéquats pour la coordination entre les Juges, les Tribunaux et les Administrations Publiques. 6) Formation de Juges et de Magistrats, un congrès et trois cours ayant été organisés durant l'année 2003, et un séminaire durant l'année 2004.

Ce Conseil du Pouvoir Judiciaire considère opportune la survie de l'Observatoire déjà existant, étant donné que les cadres de procédure n'ont pas de raison de se chevaucher, puisque l'Observatoire déjà créé n'évalue pas la violence à l'égard de la femme dans le cadre éducatif, du travail et de la fonction publique, en se limitant à celui de l'Administration de Justice, en s'occupant de la collecte des renseignements en rapport avec l'activité judiciaire, en élaborant des statistiques et en s'occupant de la formation spécifique des juges et des Magistrats, sans préjudice de l'établissement de formules de coopérations entre les deux.

Une confusion pourrait se produire en utilisant la même dénomination, mais ce qui est certain c'est que dans la Communauté Autonome de Madrid, il existe déjà un autre Observatoire de la Violence Domestique, sans que jusqu'à présent, il n'y ait eu de conflit ou de chevauchement des fonctions.

Par conséquent, on suggère que l'article 25 soit transféré au niveau des Dispositions Additionnelles, avec un contenu qui fasse référence à l'Observatoire déjà existant et aux mesures de coordinations estimées pertinentes.



2. Formation des juges et des magistrats

L'article 36 introduit une disposition inadéquate pour le texte de référence dans la mesure où la formation des juges et des magistrats, puisqu'elle touche à leur statut personnel, est une matière qui doit être réservée à la Loi Organique relative au Pouvoir Judiciaire, particulièrement après sa réforme par la LO 19/2003, en particulier les articles 307 et 433 bis.

Cependant, il s'avère également inapproprié de prévoir que ce Conseil, ainsi que le Gouvernement et les Communautés Autonomes (on suppose que ces deux instances par rapport au personnel au service de l'Administration de justice et des Médecins Légistes, bien que rien ne soit dit au sujet des greffiers) doivent s'assurer que les juges et les magistrats aient une formation spécifique relative à l'égalité et à la non discrimination en raison du sexe, c'est-à-dire une formation de l'article 14 de la Constitution. Il suffit d'en juger par le programme de Concours pour l'admission dans la Carrière Judiciaire, au programme d'enseignement de l'École Judiciaire approuvé unanimement par ce Conseil, ainsi que les différents plans de formation continue -aussi approuvés à l'unanimité- pour déduire que cela fait des années que cela fonctionne de cette manière.

Par conséquent, il est plus recommandable que cet article 36, au moins en ce qui concerne les juges et les magistrats, soit relégué au rang des Dispositions Additionnelles avec le contenu selon lequel le Conseil Général du Pouvoir Judiciaire, conformément aux articles cités de la Loi Organique relative au Pouvoir Judiciaire, continuera à promouvoir dans les plans de formation, l'organisation d'activités en



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

relation avec la violence domestique en général et contre la femme en particulier, ainsi que sur l'égalité.

VII

BRÈVE ANALYSE D'AUTRES MESURES PROPOSÉES

Nous allons aborder les autres questions qui touchent à la fonction consultative du Conseil faisant référence aux « *normes processuelles ou qui touchent aux aspects juridico-constitutionnels de la protection face aux Tribunaux ordinaires de l'exercice des Droits Fondamentaux* » [article 1081. e) Loi Organique relative au pouvoir Judiciaire].

1. Mesures de sensibilisation : la publicité et les moyens de communication

L'avant-projet modifie la Loi 34/1988, du 11 novembre, Générale de Publicité, afin d'introduire un plus grand respect envers la dignité des femmes et l'égalité entre hommes et femmes et leur droit à une image non stéréotypée, ni discriminatoire, tant si elle est exhibée à travers les moyens de communication publics que privés, tel qu'il est établi dans l'exposé des motifs de l'avant-projet. Il configure également l'action de cessation ou de rectification de la publicité, en habilitant pour cela les institutions et les associations qui travaillent en faveur de l'égalité.

Dans l'article 7 de l'avant-projet, on considère illicite l'utilisation de l'image de la femme comme objet de publicité à caractère vexatoire ou discriminatoire. À ce sujet, il faut dire que l'article 3 de la Loi Générale de Publicité, lettre a) considère déjà illicite « *la publicité qui*



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

porte atteinte à la dignité de la personne ou enfreint les valeurs et les droits reconnus par la Constitution, en particulier en ce qui concerne l'enfance, la jeunesse et la femme ». Par conséquent, la mesure de sensibilisation prévue dans le précepte dont nous avons parlé, existait déjà dans notre ordre juridique, et pas seulement pour la protection générale de la dignité de n'importe quelle personne, en considérant illicite la publicité portant atteinte à celle-ci, mais aussi de manière particulière lorsqu'il s'agit de la femme. Pour cette raison, ce précepte n'apporte, en principe, rien de spécial à la protection particulière en matière de publicité qui était déjà dispensée à la femme.

Cependant, la Quatrième Disposition Finale, Un, modifie expressément l'article 3 lettre a) de la Loi Générale de Publicité pour l'adapter au contenu de l'article 7 de l'avant-projet. La différence est que maintenant, il existe une référence spéciale aux valeurs et aux droits reconnus dans les articles 18 et 20. 4, de la Constitution Espagnole. De cette manière, les droits de l'article 18 sont renforcés, ce qui ne veut pas dire qu'on ne continue pas à considérer comme illicite la publicité portant atteinte au reste des valeurs et des droits reconnus constitutionnellement et, même si la mention à l'article 20. 4 est importante, on pourrait très bien se passer de celle-ci, pourvu que, s'agissant d'une norme constitutionnelle, elle se trouve au sommet du système juridique, qu'elle rattache les pouvoirs publics et particuliers et que la jurisprudence constitutionnelle ayant fait référence à celui-ci au moment d'établir la limite des libertés reconnus dans l'article 20, soit réitérée.

Dans le même article 3, lettre a) de la Loi Générale de Publicité, on introduit un paragraphe qui, à titre d'explication, considère inclus



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

dans la disposition antérieure « *les spots publicitaires qui présentent de forme particulière ou directement le corps de la femme, de façon vexatoire ou son image associée à des comportements stéréotypés impliquant une discrimination* ». À partir de la logique juridique et en assurant une interprétation *secundum constitutionem* des préceptes antérieurement cités, ce second paragraphe pourrait être superflu, puisque l'utilisation du corps ou de l'image de la femme de manière vexatoire porte toujours atteinte à sa dignité. Cependant, cela peut contribuer à clarifier le précepte, en particulier lorsque son corps ou son image apparaît associé à des comportements stéréotypés impliquant une discrimination. Ceci étant dit et face à la rédaction de la norme antérieure, le fait d'avoir exclu la protection expresse qui était accordée à l'enfance et à la jeunesse, en matière de publicité, est critiquable.

Dans l'article 8 de l'Avant-projet, on reconnaît un droit d'action en justice pour solliciter la cessation ou la rectification de publicité illicite, pour utiliser de manière vexatoire ou discriminatoire l'image de la femme, à la Délégation du Gouvernement contre la violence exercée sur la femme, à l'Institut de la Femme et aux Associations de Consommateurs et d'Usagers et à celles ayant pour unique objectif la défense des intérêts de la femme.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Quant à la Délégation du gouvernement, nous nous rapportons à ce qui a été dit plus haut, ce qui se confirme à la lumière du droit expresse d'action en justice de l'Institut de la Femme, qui, quant à lui, est un organisme autonome.

Le précepte est complété par ce qui est stipulé par la Quatrième Disposition Additionnelle, Deux, par laquelle est modifiée la Loi Générale de Publicité et qui ajoute un nouveau paragraphe 1 bis) à l'article 25 de la Loi Générale de Publicité. Mis à part le fait de ne pas clairement comprendre pourquoi il est nécessaire que dans le texte d'une loi, on anticipe une forme déterminée de droit d'action en justice, lorsque plus tard, il va se produire une réelle modification de la norme par laquelle est réglementée la matière, cette forme de droit d'action en justice, le précepte ne mérite pas plus de commentaires puisqu'il répond à ce qui est stipulé dans la Loi Générale de Publicité, concernant les Directives Communautaires qui se sont occupées des actions de cessation et qui ont donné lieu à la promulgation de la Loi 39/2002, du 28 octobre, de transposition à l'Ordre Juridique Espagnol de différentes Directives Communautaires en matière de Protection des Consommateurs et des Usagers, qui a modifié les articles 25 et 26 et qui a ajouté un nouvel article 29 à la Loi 34/1988.

Ces préceptes permettaient déjà réellement la droit d'action en justice pour solliciter à l'annonceur la cessation ou la rectification de la publicité considérée illicite, non seulement pour les personnes naturelles ou juridiques affectées, mais en général pour les personnes ayant un droit subjectif ou un intérêt légitime et, lorsque la publicité illicite affecte les intérêts collectifs ou diffus, l'Institut National de la



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Consommation, les organes correspondant aux Communautés Autonomes, les Corporations Locales, les Associations de Consommateurs et d'Usagers, légalement constituées, les Organismes d'autres états membres de la Communauté Européenne, qui remplissent les conditions de l'article 29 de la Loi et en général, les titulaires d'un droit ou d'un intérêt légitime, peuvent solliciter la cessation ou la rectification. Cependant, étant donné l'importance processuelle de la parfaite détermination du droit d'action en justice, il peut être nécessaire d'introduire dans le précepte, dans les cas où la publicité est illicite pour avoir affecté l'image de la femme, des organismes et des entités auxquels nous avons fait référence, bien qu'il serait plus correct de ne pas introduire systématiquement un nouveau paragraphe 1 bis), mais plutôt numéroter le précepte en numéro 3, et l'actuel numéro 3 deviendrait le numéro 4.

Dans la Quatrième Disposition Finale, Trois, une Disposition Additionnelle est ajoutée à la Loi Générale de Publicité, dont le premier paragraphe est superflu, à partir du moment où il se limite à dire que l'action de cessation s'exercera dans la forme prévue par les articles 26 et 29 de la Loi Générale de Publicité, excepté en matière de droit d'action en justice, où ce sera les personnes et les institutions auxquelles fait référence l'article 25.1bis) qui l'auront, cet article étant introduit par l'Avant-projet de Loi dont nous avons parlé, ce qui est évident et il est déjà repris dans les préceptes correspondants.

Le second paragraphe a plus de transcendance. Il attribue la compétence pour connaître ces actions de cessation aux tribunaux de Violence, attribution de compétence qui n'a pas beaucoup de sens vu la matière particulière dont ils se verront obligés de connaître et qui n'a



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

aucune relation avec l'idée que certains mêmes juges connaissent de toute la problématique civile et pénale qui peut se présenter en rapport avec la violence à l'égard d'une même femme et dans le même cadre. En effet, la publicité dénigrante pour la femme le sera toujours de manière générale et ne se réfèrera jamais à une femme concrète, ni à une victime d'actes de violence concrets, l'objet de protection de ces cas étant toujours diffus : c'est justement pour cette raison qu'on habilite pour l'exercice des actions, les collectifs auxquels nous avons fait référence auparavant. En outre, ces tribunaux étant une spécialité de l'ordre pénal, l'idée qu'avec de telles dispositions, on « criminalise » aussi cette publicité et seulement pour la femme, approfondit les idées déjà analysées de conception inappropriée de la discrimination positive et que l'on se trouve devant une juridiction spéciale en raison du sexe.

L'article 9 de l'Avant-projet stipule que les mesures de communication de titularité publique veilleront à la protection et à la sauvegarde de l'égalité entre homme et femme, en évitant toute discrimination illicite entre eux. Si on part du principe que ce à quoi l'on prétend, c'est une protection intégrale de la femme, en défendant jusque les dernières conséquences, sa dignité et son égalité, en interdisant toute forme de discrimination, tel qu'on le reconnaît dans notre Constitution et dans les Traités internationaux ratifiés par l'Espagne, et qu'en outre les préceptes constitutionnels et le reste de l'ordre juridique rattachent tous les citoyens et les pouvoirs publics, ce ne sont pas uniquement les moyens de titularité publique qui devront veiller à la protection et à la sauvegarde de l'égalité entre homme et femme, mais ceux de titularité privée aussi.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Il est certain que, par exemple, le Statut de la Radio et de la Télévision, approuvé par la Loi 4/1980, du 10 janvier, oblige les moyens de communication sociale de l'État à respecter l'honneur, la célébrité, la vie privée des personnes et autant de droits et de libertés que reconnaît la Constitution et le respect des valeurs d'égalité repris dans l'article 14 de la Constitution et dans l'Exposé des Motifs de la même Loi, en faisant référence à la radiodiffusion et la télévision comme un service public essentiel, dont la titularité correspond à l'État, qui les considère comme un moyen capital pour contribuer à ce que la liberté et l'égalité soient réels et effectifs, avec une attention spéciale à la protection des personnes marginalisées et à la non discrimination de la femme. Dans des termes similaires, il existe l'article 5 de la Loi 46/1983, du 26 décembre, réglementant la Troisième Chaîne de Télévision de chaque Communauté Autonome. D'autre part, la Loi 25/1994, du 12 juillet, incorpore au Système Juridique Espagnol la Directive 89/552CEE, sur la Coordination de dispositions légales, réglementaires et administratives des états membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle et dans son article 9, elle considère illicite la publicité qui porte atteinte au respect dû à la dignité humaine ou qui discrimine, pour un quelconque motif, y compris le sexe.

2. Sur l'assistance sociale et l'assistance juridique gratuite

a) Droit d'action pénale des services sociaux déterminés

L'article 14 établit une habilitation spéciale des services sociaux d'attention, d'urgence, de soutien et de rétablissement intégral de la femme, pour solliciter au juge les mesures urgentes qu'il considère nécessaires.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

On ne doit pas confondre la possibilité que les services sociaux fassent savoir au juge la situation détectée et la nécessité d'adopter des mesures de manière urgente avec l'habilitation, dans le sens processuel, pour la sollicitude des mesures. Nous sommes à nouveau devant des organes et non des organismes ou des entités manquant de personnalité et, par conséquent, de capacité processuelle. La Loi 27/2003, du 31 juillet avait stipulé dans l'article 2.2 que l'ordre de protection sera accordé par le juge d'office ou à l'initiative de la victime ou de la personne ayant avec celle-ci l'une des relations indiquées dans l'alinéa antérieur, ou du Ministère Public. Et sans préjudice du devoir général de dénonciation prévu par l'article 262 de la Loi de Procédure Criminelle, les entités ou les organismes d'assistance, publics ou privés, qui auraient connaissance de l'un des faits mentionnés dans l'alinéa antérieur, devront immédiatement le faire savoir au juge assurant la permanence ou au Ministère Public afin qu'une procédure puisse être ouverte ou qu'une demande pour l'adoption de l'ordre de protection soit déposée.

De plus, la participation des services sociaux visés par la loi déjà mentionnée paraît suffisante, cette loi reconnaissant la possibilité que l'ordre de protection puisse être sollicité devant les services sociaux ou les institutions d'assistance dépendantes des Administrations publiques, et que les services sociaux et les institutions mentionnés précédemment, facilitent aux victimes de la violence domestique auxquelles ils devraient prêter assistance, la demande d'ordre de protection, en mettant à leur disposition dans ce but, de l'information, des formulaires et, le cas échéant, des chaînes de communication télématiques avec l'Administration de Justice et le Ministère Public.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

En somme, le dépôt de la sollicitude revient à la victime ou aux personnes destinataires des mesures de protection, sans préjudice de la collaboration des services sociaux. Mais on ne trouve pas de justification raisonnable pour que la loi attribue aux services sociaux l'habilitation pour solliciter au Juge les mesures urgentes.

Par exemple, l'article 21 de la Loi 16/03, du 8 avril, de prévention et de protection intégrale des femmes contre la violence de genre des Canaries, attribue plus adéquatement aux services sociaux, la fonction de dénoncer devant les autorités compétentes les situations de violence dont ils auraient connaissance, après accord préalable de la victime et de collaborer avec les autorités compétentes dans l'adoption de mesures d'assistance, ayant pour objet la protection de la victime face aux futures situations de violence de genre, ou l'apport de moyens de preuves en rapport avec la commission d'actes de violence.

b) Assistance juridique gratuite

L'article 15 doit être mis en relation avec la Loi 1/96, du 10 janvier, d'Assistance Juridique Gratuite et des Règlements de développement dictés dans le cadre gouvernemental et autonome. Cependant, il serait convenable, pour maintenir l'unité et la cohérence du système juridique, de procéder à la réforme de la Loi 1/96 déjà citée, en incorporant l'article 15 puisqu'il est déconseillé que la volonté « intégrale » résulte de la loi instruite, aux dépens de la perte du caractère intégral des autres lois spéciales qui réglementent les matières, elles-mêmes réglementées dans le texte de référence.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

En tout état de cause, le texte de référence suppose un important progrès, bien qu'il soit également indispensable d'étendre l'assistance juridique gratuite à l'information préalable à toute procédure judiciaire, à travers les accords pertinents avec les ordres professionnels et les Administrations Autonomiques. De la même manière, le précepte doit être complété par une référence à l'article 21 de la Loi 1/96, puisque c'est concrètement dans ces cas de violence à l'égard de la femme que l'on justifie le mieux que l'organe judiciaire assure de manière immédiate les droits de défense et de représentation, pas seulement de la personne accusée, mais aussi de la victime, et par conséquent, en considération des circonstances et de l'urgence du cas, une décision motivée doit être dictée en requérant aux ordres professionnels la nomination provisoire d'un avocat et d'un avoué, en déposant par la suite la demande, selon ce qui est prévu par la Loi.

3. Droits du travail et prestations de la Sécurité Sociale.

L'article 16 de l'Avant-projet énumère une série de droits du travail et de sécurité sociale qui impliquent la modification du Statut des Travailleurs et de la Loi Générale de la Sécurité Sociale dans la Cinquième et la Sixième Disposition Finale. Sans préjudice des commentaires qui seront formulés au sujet de ces Dispositions Finales, l'article 16.3 considère comme justifiées les absences du travail motivées par la situation physique ou psychologique qui découle de la violence à l'égard de la femme, lorsque les services sociaux d'attention le déterminent ainsi. Ce précepte doit être mis en relation avec l'article 54.2 a) du même Statut des Travailleur pour le licenciement disciplinaire et avec l'article 5 relatif aux devoirs de base des travailleurs.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

À propos de ces points, l'article 18 permet d'accréditer la situation de violence sur les femmes employées – aux effets prévus par le chapitre relatif aux droits du travail et aux prestations de sécurité sociale- en apportant l'ordre de protection ou, à défaut, le rapport du Ministère Public indiquant l'existence d'indices que la demanderesse est victime de violence à l'égard de la femme. Cet ordre, tel qu'on l'a vu, peut être dicté par le juge de Violence ou par le juge d'Instruction assurant la permanence et à ce sujet il faut signaler, comme cela a déjà été fait au préalable, que si le texte de référence comporte des risques d'instrumentaliser la voie pénale en vue de litiges civils, avec de telles dispositions, il faut également comprendre que ce risque atteint, en outre, le cadre des relations de travail. Quant au fait que ces dispositions se limitent uniquement à la femme, nous nous référons à ce qui a été exposé concernant le cadre d'application de la loi. Dans tous les cas, on pourra alléguer que cette possibilité existe déjà avec la Loi 27/2003, certes, d'où il a été recommandé de ne pas engendrer plus de confusion processuelle avec le texte de référence –qui accentue ces risques- et de faire une évaluation plus importante et plus approfondie du régime de l'ordre de protection, avant de le rédiger.

D'autre part, la Cinquième Disposition Finale modifie certains articles de la Loi du Statut des Travailleurs pour rendre effectifs les droits du travail et de sécurité sociale mentionnés auparavant, et pour cette raison, d'une certaine manière, le contenu des paragraphes 1 et 2 de l'article 16 de l'Avant-projet n'a pas beaucoup de sens.

Bien que ces mesures puissent contribuer à protéger efficacement les victimes contre cette forme de violence, il convient



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

cependant de préciser que la cause d'extinction du contrat de travail qui est maintenant introduite à la lettre m) du 1^{er} paragraphe de l'article 49 du Statut des Travailleurs, ne manque pas d'être une forme d'extinction volontaire du travailleur avec la particularité, face à ce qui est prévu à la lettre d), qu'ici il existe une cause de force majeure et en outre, le préavis signalé dans les accord collectifs ou la coutume du lieu, n'est pas nécessaire.

Dans la Sixième Disposition Finale, la Loi Générale de la Sécurité Sociale est modifiée pour considérer que la période de suspension du contrat de travail avec réserve du poste, aura la considération d'une période de cotisation effective aux fins des prestations de sécurité sociale correspondantes. Et il faut comprendre – par la modification de la lettre e) de l'alinéa 1.1 et par la modification de l'alinéa 1.2 de l'article 208 de la Loi Générale de la Sécurité Sociale – que des femmes employées victimes d'une situation de violence, se trouveront en situation légale de chômage de plein droit, en obtenant les prestations correspondantes, sans préjudice de ce qui peut ressortir du programme d'action spécifique, qui, dans le cadre du plan pour l'Emploi du Royaume Espagnol, est prévu par l'article 17 de l'Avant-projet.

4. Droits des femmes fonctionnaires publics faisant l'objet de violence

Les droits d'affectation, de congés volontaires et d'adaptation du temps de travail des femmes fonctionnaires publiques victimes de violence sont facilités. Les normes incluses dans les articles 19 à 21



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

sont visées par la Septième Disposition Finale qui modifie la Loi 30/84, de Mesures pour la Réforme de la Fonction Publique.

À ce sujet, il convient uniquement d'attirer l'attention sur le fait que la Disposition Finale citée dans le point 3, ajoute une nouvelle lettre e) à l'article 29.3 de la Loi 30/84, pour accorder le congé volontaire pour intérêt privé aux femmes fonctionnaires publiques victimes de violence à l'égard de la femme, lorsque peut-être et d'un point de vue systématique, il serait plus convenable de le réglementer dans un numéro distinct, vu les caractéristiques spéciales de ce type de congé qui n'est pas soumis à un délai de permanence et qui pendant les six premiers mois, donne droit à la réservation du poste de travail, de la même manière que le congé parental sans rémunération est réglementé dans un numéro à part, en l'occurrence le 4 de l'article 29.

Pour le reste et quant aux effets des arrêts pénaux rendus sous le couvert de la loi instruite et au fait que le bénéfice de ces possibilités s'applique seulement à la femme fonctionnaire, il convient uniquement de se référer à ce qui a été exposé dans l'alinéa antérieur.

VIII

CONCLUSIONS

D'après la teneur de ce qui a été énoncé, le Conseil Général du Pouvoir Judiciaire arrive aux conclusions principales suivantes :



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

- 1^{ère} La gravité du phénomène de la violence domestique en général, particulièrement intense dans le cas des femmes, mérite un effort de la réaction de l'État de Droit, afin qu'elle soit la plus énergique et efficace possible, d'où il faudrait recevoir une initiative de plus, comme celle de référence, si elle aide à perfectionner juridiquement cette réaction. Cependant, il y a des doutes plus fondés sur le fait que le système se verra apporter plus de rationalité et d'efficacité.

- 2^{ème} Le texte de référence fait partie d'un ensemble d'initiatives légales développées durant ces dernières années –en particulier durant la législature antérieure-, tant gouvernementales qu'autonomiques, cadre dans lequel il y a déjà des lois intégrales et plus concrètement des normes de protection telles que l'ordre de protection créé par la Loi 27/2003 (§IV.1).

- 3^{ème} Il naît dans un contexte dans lequel la protection de la victime de la violence domestique est l'un des objectifs principaux de la politique criminelle, donc il ne naît pas dans un cadre dépourvu de moyens, mais d'une pluralité d'initiatives législatives déjà en vigueur, mais qui, par leur courte durée d'application, ne permettent pas encore d'évaluer leur efficacité réelle pour combattre le phénomène social de la violence domestique. [§V.2.a)].

- 4^{ème} Il est particulièrement inquiétant de voir que même si l'implantation du régime de l'ordre de protection (Loi 27/2003) est récente, il y a maintenant un régime parallèle qui vient s'ajouter et qui peut engendrer des chevauchements, un confusionnisme



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

procédural et des interférences dans les compétences. Avant d'aborder une initiative comme celle de référence, il faudrait attendre une évaluation plus détaillée du régime de la Loi 27/2003.

- 5^{ème} Malgré son caractère intégral, face à un problème social de premières importances, différent dans ses causes et ses manifestations, il opte pour une judiciarisation marquée des solutions. (§ IV. 1).
- 6^{ème} On juge qu'il n'est pas opportun de réglementer uniquement la violence à l'égard de la femme : une loi intégrale doit englober tous les cadres dans lesquelles la violence se manifeste. (§ IV. 2)
- 7^{ème} La femme n'obtient pas de protection plus importante du fait que la loi la protège uniquement elle, en excluant de son cadre, les mineurs, les personnes âgées ou, même l'homme. [§IV.2.C)]
- 8^{ème} La dite discrimination positive portée au cadre pénal et judiciaire conduit à une discrimination négative censurable. Dans ces cadres là, on part de situations d'égalité : le fait d'exclure les hommes de la protection des Tribunaux de Violence à l'égard de la femme n'apporte rien à la protection judiciaire de la femme. (§IV. 3)
- 9^{ème} Un concept de violence à l'égard de la femme –dont dépend toute l'application de la loi- basé sur l'intentionnalité de l'agresseur (§V. 1) n'est pas acceptable.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

- 10^{ème} Le fait que les menaces ou les contraintes légères deviennent un délit seulement lorsque la personne lésée est une femme est discutable. [§V.2 d)]
- 11^{ème} Le fait que ces délits se basent seulement sur le fait que l'agresseur soit un homme et que dans la loi, on présume son intentionnalité, conduit au droit pénal d'auteur qui est incompatible avec la Constitution. [§V. 2 d)]
- 12^{ème} La catégorie aggravée de lésions se base sur la présomption d'infériorité de la femme, sans qu'une telle règle ne soit appliquée aux mineurs, aux personnes âgées et aux personnes d'une particulière vulnérabilité, toutes ces personnes étant également susceptibles d'être victimes de violence domestique. [§V. 2 e)]
- 13^{ème} Il est positif qu'on se dirige vers une spécialisation plus importante au sein des organes judiciaires, pourvu que l'objet soit de connaître tout le phénomène de la violence domestique. (§ V. 3).
- 14^{ème} Le fait de créer une nouvelle catégorie de tribunaux uniquement pour les femmes n'est pas justifié, ce qui amène à une sorte de juridiction spéciale basée sur l'intention de l'agresseur et sur le sexe de la victime. Si les organes judiciaires ne peuvent être créés en raison de la race, de l'idéologie et des croyances, ils ne peuvent pas être créés non plus en raison du sexe. (§ V. 3)



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

- 15^{ème}** Avant de créer des Tribunaux de Violence à l'égard de la Femme, il faut arriver à la spécialisation fonctionnelle des tribunaux déjà existants, et
Également profiter de la coordination, en renforçant le Ministère Public et les instruments processuels déjà existants. (§ V. 3 et 6)
- 16^{ème}** L'insertion des Tribunaux de Violence à l'égard de la Femme dans l'ordre pénal, mène à « criminaliser » les procès civils qu'ils se voient attribuer, ainsi qu'à renforcer le risque qu'ils soient instrumentalisés. Si cela se détecte déjà avec la Loi en vigueur 27/2003, il serait plus prudent d'évaluer davantage l'application de cette loi avant de créer un nouveau système parallèle qui augmente ce risque. (§V. 4)
- 17^{ème}** Cela n'a aucun sens processuel d'attribuer à ces organes insérés dans l'ordre pénal, la compétence pour connaître des actions civiles contre la publicité vexatoire, cet aspect étant étranger à la violence à l'égard de la femme. [§ V. 4.h]
- 18^{ème}** Les règles de compétence ne peuvent pas se baser sur le sexe de la victime, ni sur l'intention de l'agresseur. Si cela était le cas, on arriverait à des situations absurdes dans lesquelles le même fait, avec les mêmes sujets, pourrait relever de la compétence d'organes différents à cause de cette intentionnalité, ce qui sera toujours apprécié à la fin et non pas au début des procédures. (§ V. 4)



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

- 19^{ème}** Le droit constitutionnel au juge ordinaire prédéterminé par la loi est compromis à partir du moment où le choix du juge compétent revient à la femme, par rapport au fait qu'il ait recours aux mesures de protection que le texte lui offre. [§ V. 4. C)]
- 20^{ème}** Les procédures abrégées et l'ordre de protection ont été prévus pour être instruits dans le cadre des Tribunaux d'Instruction de permanence. La plupart des délits contre la femme relèvent de la compétence de ces tribunaux et sont instruits par ce genre de procédures, donc pas par les Tribunaux de Violence à l'égard de la Femme, et pour cette raison la prétendue spécialisation reste controversée. [§ V. 4. D)]
- 21^{ème}** On doit étudier la question d'introduire dans le texte de référence, quelques uns des protocoles et des initiatives de la Commission de Suivi de l'Implantation de l'Ordre de Protection. On doit aussi maintenir l'actuel Observatoire contre la Violence Domestique et de Genre créé en 2002 par le Conseil Général du Pouvoir Judiciaire et les Ministères de la Justice et du Travail et des Affaires Sociales, plutôt que de créer dans la loi de référence un nouvel Observatoire qui se chevaucherait avec celui qui existe déjà. [§ V. 4. g) et VI]

Et pour valoir ce que de droit, je dresse et signe la présente à Madrid, le vingt-quatre juin deux mille quatre.