



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

VOTE DISSIDENT formulé par **M. le Vice-président du Conseil Général du Pouvoir Judiciaire, M. Fernando Salinas Molina et Messieurs les membres du Conseil, M. Luis Aguiar de Luque, M. Juan Carlos Campo Moreno, Mme Montserrat Comas D'Argemir i Cendra, Mme Ángeles García García, M. Javier Martínez Lázaro et M. Félix Pantoja García** contre l'accord de la Commission des Études et des Rapports en date du 21 juin 2004. **Mme Montserrat Comas D'Argemir i Cendra et M. Félix Pantoja García** formulent en outre des votes affirmatif à l'égard de quelques aspects particuliers.

I

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES DE LA LOI DE MESURES CONTRE LA VIOLENCE ENVERS LES FEMMES.

D'un point de vue général, le premier problème que suscite l'Avant-projet de référence est son objectif fixé sur le terrain des bénéficiaires que ce texte confère à un collectif de la citoyenneté bien déterminé, caractérisé par son appartenance au sexe féminin.

En effet, comme tout le monde ne le sait que trop bien, la Constitution Espagnole garantit le principe d'égalité face la loi dans son art. 14 (la doctrine aussi bien que la jurisprudence ont toujours sous-entendu qu'elle comprend aussi bien l'égalité « au sein de » la Loi que l'égalité « devant » la Loi), précepte qui inclut parmi les interdictions spécifiques de la discrimination, celles qui relèvent du sexe.

À cette occasion, nous nous trouvons face à un Avant-projet de Loi qui, de manière principale, proclame dans sa propre dénomination et dans son article 1, que l'objectif de ce texte est d'établir de manière « intégrale »



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

(ceci, en envisageant la solution au problème à partir des très différentes facettes que celui-ci renferme), une série de prescriptions normatives dont l'objectif est de réduire les insupportables niveaux de violence actuels que subit un collectif déterminé de la population, le cas échéant, le collectif constitué par les femmes.

Au contraire, le rapport approuvé par la majorité, nie la possibilité d'une loi par laquelle on adopterait des mesures contre la violence que des femmes subissent actuellement, en niant qu'historiquement, les relations de domination qui ont été exercées au sein de la famille, ont toujours été exercées par les hommes à l'encontre des femmes. Dans le rapport, on n'accepte pas l'existence de la « culture machiste ou sexiste » comme un problème social expliquant que durant des décennies et à échelle universelle, les hommes ont été liés aux femmes dans le cadre du couple, avec des relations de domination, de possession et d'infériorité. Dans le rapport, on en arrive même à affirmer que la violence contre les personnes âgées et les enfants est plus grave, si l'on peut dire, que la violence contre les femmes, justement à cause d'une capacité nulle de défense et de dénonciation des faits qui leur est présumée. Faire une telle affirmation revient à nier l'histoire elle-même ; c'est nier que la violence en tant que problème social est « la violence de genre », c'est-à-dire, des hommes à l'encontre des femmes, le fruit des relations de domination et de possession qu'ils ont historiquement exercé sur ces dernières. La violence exercée contre les mineurs, les personnes âgées ou la violence des femmes à l'égard des hommes dans le cadre familial, est un problème individualisé qui trouve sa réponse dans l'ordre juridique, avec la garantie du droit à la protection effective et dans le Code Pénal, sans pour autant qu'ils soient déprotégés par l'approbation de l'Avant-projet de loi, faisant l'objet de ce Rapport.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Au contraire, nous, les membres qui formulons le présent vote dissident, comprenons que l'Avant-projet de référence contient un ensemble de prescriptions qui parfois habilite les pouvoirs publics à entreprendre des actions ayant pour objet de réussir à éradiquer une culture de supériorité et de domination de l'homme par rapport à la femme, malheureusement plus répandue dans notre société que ce qui serait souhaitable, ou à palier les graves conséquences dont souffrent les femmes ayant été victimes d'actes de violence (réitérés fréquemment jusqu'au point d'avoir à supporter un climat constant de violence dans leur vie quotidienne). À d'autres occasions, l'Avant-projet de Loi actuellement analysé, met en place de nouveaux organes ou structures administratives qui auront pour objectif d'adopter les mesures administratives luttant contre l'impact de ce fléau social ou le réduisant. Et finalement, un autre ensemble de préceptes réforment certains des corps légaux de base de notre ordre (CP, LOPJ, LPC, LPCR...) afin d'équiper les pouvoirs publics en général, et en particulier le pouvoir judiciaire, des instruments adéquats pour lutter contre cette violence focalisée principalement sur les femmes. Parmi les dernières normes, certaines normes incorporées réglementent directement ou indirectement l'exercice des droits fondamentaux de base de la personne ; ainsi, les réformes du Code Pénal, et tout ce qui est relatif au droit à la liberté personnelle, et un ensemble de réformes processuelles, organiques et judiciaires avec une incidence immédiate sur la protection judiciaire effective.

Ainsi, la première interrogation que l'Avant-projet actuellement analysé suscite, d'un point de vue général, comme nous l'avons indiqué antérieurement, est la suivante : Un ensemble de mesures légales dont le bénéficiaire est uniquement une partie de la population (les femmes) est-il compatible avec notre ordre constitutionnel (et en particulier l'article 14 de la



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Constitution) ou, au contraire, une option législative d'un tel point est-elle défendue par le précepte constitutionnel mentionné?

La réponse à une telle interrogation, sans préjudice des nuances qui seront réalisées plus tard, ne peut, pour le moins, pas être favorable à la constitutionnalité de l'option choisie par le pré législateur.

Le principe d'égalité dans notre texte constitutionnel, plus particulièrement lorsqu'il projette sa force normative sur le législateur, n'est pas un axiome rigide et formel dépourvu de toute souplesse. Au contraire, l'article 14 de la Constitution doit être interprété à la lumière de nombreux autres préceptes constitutionnels qui viennent moduler sa portée définitive. Ainsi, parmi les plus significatifs, le 1^{er} article du texte constitutionnel (« l'Espagne se constitue en un état social et démocratique de droit qui proclame comme valeurs supérieures de son ordonnance, la liberté, l'égalité, la justice et le pluralisme politique », l'article 9.2 (« Il est du devoir des pouvoirs publics de promouvoir les conditions pour que la liberté et l'égalité de l'individu...soient réelles et effectives »), l'interdiction de l'arbitrarité (art. 9.3) et l'extrapolation à d'autres cadres du principe générique d'égalité face à la loi (De A à Z art. 23, 32 ou 139.1).

Le résultat est que le principe d'égalité que garantit l'art. 14 CE ainsi réinterprété, lorsqu'il projette son aptitude à mettre en œuvre ce principe, sur l'activité du législateur, prend une dimension différente puisqu'il perd en partie la signification absolue qui semble se déduire de son expression littérale. En pratique, le travail législatif se traduit constamment par un ensemble de lois dans lesquelles le législateur établit des conséquences juridiques différentes des réalités sociales diverses ou des secteurs de population qui se trouvent dans des circonstances sociales différentes. Ce même comportement socialement dévié que le législateur pénal classe



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

comme délit, mérite une qualification juridique différente lorsqu'il est commis par un mineur. Et la loi élaborée par un Parlement autonome qui confère des droits déterminés, ne s'applique pas aux citoyens résidant dans une autre Communauté Autonome, bien que l'article 139.1 de la Constitution proclame que les Espagnols jouissent des mêmes droits et obligations dans n'importe quelle partie du territoire de l'État.

Par conséquent, le législateur est constamment en train de classer les citoyens espagnols en raison de facteurs très différents et d'attribuer différents statuts juridiques en fonction du collectif dans lequel chacun des individus s'inscrit.

En somme, le problème de la projection du principe d'égalité de l'art. 14 CE, sur l'action du législateur ne l'est plus si celui-là renferme un mandat absolu et sans fissures d'interdiction de la discrimination « au sein de » la loi, mais si les éventuelles différences entre groupes d'Espagnols que le législateur peut établir dans sa classification législative ont une justification objective et raisonnable et si une telle différence de traitement est adéquate et proportionnée pour atteindre l'objectif qui la justifie.

Il est fort probable que lorsque la différence de traitement que le législateur confère à certains collectifs, comme c'est le cas ici, prend comme critère l'une des circonstances d'interdiction de la discrimination explicitement prévues par l'art. 14 CE (p. ex. le sexe), les exigences pour réussir le test de constitutionnalité se trouvent particulièrement alourdies. Mais cela ne signifie pas que toute discrimination « au sein » de la loi en raison du sexe doive être qualifiée d'inconstitutionnel.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Au contraire, parmi les justifications les plus fréquentes pour légitimer constitutionnellement les différences de la classification législative, se trouvent les mesures de discrimination positive en faveur des femmes, qui fortes de principe dans notre texte constitutionnel par l'art. 92 mentionné antérieurement, ont déjà fait l'objet de considération favorable par notre Tribunal Constitutionnel à plusieurs occasions, et plus tard, le moment se présentera de l'analyser.

En effet, notre Tribunal Constitutionnel, en suivant dans ce point l'abondante doctrine assise (i) pour les décisions internationales à teneur très diverse, (ii) pour la jurisprudence de tribunaux spécialisés en matière des Droits de l'Homme et (iii) pour la doctrine du Tribunal du Luxembourg, a accepté dans une jurisprudence déjà constante, la constitutionnalité des décisions administratives ou judiciaires, aussi bien que de normes légales, inspirées par l'idée de doter de contenu matériel le principe d'égalité et cela malgré qu'en apparence, celle-ci pourrait sembler représenter des transgressions du principe d'égalité devant la loi, garanti par l'article 14 CE. Il s'agit des mesures connues comme « mesures de discrimination positive », à l'égard de collectifs sociaux défavorisés bien déterminés. Ces mesures sont justifiées à partir de la perspective constitutionnelle, dans la mesure où elles ont pour objet de rendre propice le traitement sur un pied d'égalité de ces collectifs, sur le terrain juridique et dans l'exercice des droits. Parmi ces prononcés, tant internationaux que communautaires ou de notre TC, les mesures méritant un lieu privilégié, sont les mesures de discrimination positive en faveur des femmes, mesures qui à de nombreuses occasions, ont déjà reçu une déclaration de conformité constitutionnelle.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

En ce sens, pour comprendre la légitimité constitutionnelle d'un Avant-projet de Loi ayant pour objet l'adoption de mesures concrètes contre la violence que subit une partie de la population caractérisée par son appartenance au sexe féminin et non la totalité de celle-ci, il est nécessaire de commencer par constater l'existence d'une réalité sociale qui place les membres de ce collectif, les femmes, dans une situation matérielle d'inégalité pour bénéficier de biens, de positions ou de droits déterminés, que l'ordre juridique leur reconnaît. En deuxième lieu, il faut examiner la nature juridique authentique des mesures à travers lesquelles le législateur prétend palier ou bouleverser cette situation sociale et ses conséquences aux effets juridiques, afin de dévoiler les biens et les valeurs en jeu. Et en troisième et dernier lieu, il sera nécessaire, sur la base d'une pondération des biens et des valeurs constitutionnelles présents, d'analyser jusqu'à quel point les mesures visées par le prélegislateur sont adéquates et proportionnées à l'objectif proposé.

Les réflexions réalisées à la suite visent cet objectif, avant d'examiner en détail et de formuler quelques observations critiques par rapport à la correction technique de la réglementation concrète que l'article réalise pour certaines de ces mesures.

Pour ce faire, le point de départ qu'il faut prendre en compte est la réalité incontournable qu'en 2003, un total de 76 267 plaintes de violence domestique ont été présentées devant les Tribunaux de Première Instance et d'Instruction et les Tribunaux d'Instruction de toute l'Espagne, et sur ces plaintes, 66 188 ont été instruites avec un taux de 1,6 plaintes instruites pour 1 000 habitants. Sur le nombre total de victimes de violence domestique (66 542), les femmes représentent 90,2 %. Au total, les juges ont adopté 16 725 mesures conservatoires, avec un degré d'inexécution ou de non-effectivité de 5,4 %, 33 936 personnes ayant été condamnées.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

D'autre part, durant l'année 2003, le nombre de morts à cause de la violence domestique s'élevait à 103 personnes, dont 81 étaient des femmes et 65 d'entre elles sont mortes tuées par leurs compagnons ou ex-compagnons, et au long de l'année 2004, 29 femmes sont mortes à cause de cette forme spéciale de violence, tuées par leurs compagnons ou ex-compagnons, contre 6 mineurs et un seul homme. De la même manière, les données statistiques fournies par le Conseil Général du Conseil Judiciaire, par rapport à l'application de la Loi Normative de l'Ordre de Protection, dans les cinq premiers mois suivant l'entrée en vigueur de celle-ci, révèlent que sur 6 004 ordres de protection octroyés judiciairement, environ 95,7 % d'entre ceux-ci correspondent à des victimes femmes. Ces données démontrent que le réel problème qui affecte la société espagnole est celui de la violence contre la femme. Il s'agit du véritable fléau social.

La situation sociale qui se reflète dans ces données est sûrement celle qui donne une impulsion (et en même temps qui justifie) à l'action du Gouvernement pour promouvoir l'incorporation dans notre ordre, d'un texte légal qui reprenne le contenu de l'Avant-projet actuellement analysé. Un Avant-projet qui a pour objectif de mettre en place une batterie de mesures contre la violence actuellement subie par la femme dans notre société, phénomènes réitérés de violence qui, on peut bien le dire, affectent la dignité en tant que personnes, d'une importante partie de la population, majoritairement constituée de femmes et dont les pouvoirs publics ont commencé à prendre conscience et à combattre durant ces dernières années, en accord avec les décisions et les arrêts de divers organes internationaux.

Sans vouloir être exhaustifs, nous nous limitons à signaler, pour appuyer l'option gouvernementale, la Recommandation du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe du 30 avril 2002, qui a significativement



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

énoncé *Rec (2002) 5 sur la protection des femmes contre la violence*, et dont la teneur initiale est « *Réaffirmant que la violence envers les femmes est le résultat d'un partage déséquilibré du pouvoir entre les hommes et les femmes et est en train de provoquer une série de discriminations contre le sexe féminin...* »

Les traités internationaux, parmi lesquels la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme des Nations Unies et la Convention Européenne pour la protection des droits fondamentaux et des libertés publiques, se réfèrent expressément au principe de non-discrimination, mais plus concrètement une multitude de déclarations, de conventions et les décisions judiciaires dans le cadre des Nations Unies ou à caractère régional, se sont prononcé à propos de ce phénomène tel qu'il est souligné dans l'exposé des motifs de l'Avant-projet. De par son importance et sans préjudice de ce qui se dira plus tard en commentant l'article 1 de l'Avant-projet, on doit mentionner la Décision numéro 803/2004/CE du Parlement Européen du 21 avril 2004, par laquelle est approuvé un programme d'action communautaire pour prévenir et combattre la violence exercée sur les enfants et les femmes et protéger les victimes et les groupes à risque (programme Daphne II).

Parmi les objectifs et les actions spécifiques de l'Annexe de la Décision, on fait expressément allusion à la création de réseaux multidisciplinaires viables, à la formation et à la conception d'instruments éducatifs, au développement et au programme de traitement, tant pour les victimes que pour les agresseurs et les actions de sensibilisation à des groupes spécifiques.

L'article 5 de la Convention pour l'éradication de toutes les formes de discrimination contre la femme, du 18 décembre 1979, oblige les États à



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

prendre toutes les mesures appropriées pour la modification des patrons socioculturels de comportement des hommes et des femmes, en vue d'arriver à l'éradication des préjugés et des pratiques coutumières et de tout autre genre, se basant sur l'idée d'infériorité ou de supériorité de n'importe quel sexe ou sur des fonctions stéréotypées des hommes et des femmes. La Convention reconnaît expressément « *la nécessité de changer les attitudes, à travers l'éducation des hommes et des femmes afin qu'ils acceptent l'égalité des droits et passent outre les pratiques et les préjugés basés sur des rôles stéréotypés.* »

La Déclaration des Nations Unies concernant l'éradication de la violence contre la Femme, proclamée en décembre 1993 par l'Assemblée Générale, affirme que « la violence contre la femme constitue une violation des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Elle considère que la violence contre la femme englobe la violence physique, sexuelle, et psychologique se produisant dans la famille, y compris la maltraitance, l'abus sexuel des jeunes filles dans le domicile, la violence ayant trait à la dot, la violence commise par le mari, les mutilations génitales féminines et autres pratiques traditionnelles préjudiciables pour la femme, les actes de violence perpétrés par d'autres membres de la famille et la violence liée à l'exploitation.

La déclaration de Beijing de 1995, suite au Sommet International de la femme, affirme que la violence contre les femmes se réfère à tout acte de violence sexiste qui a pour résultat possible ou réel, un dommage de violence physique, sexuelle ou psychologique, qu'elle se produise dans la vie publique ou dans la vie privée, et déclare « *la violence contre les femmes est un mécanisme social fondamental par lequel les femmes se trouvent dans une position de subordination par rapport aux hommes. Ayant souvent lieu au sein de la famille, elle est tolérée et elle est à peine*



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

dénoncée. La violence contre les femmes est une manifestation des relations de pouvoir, historiquement inégales, entre les femmes et les hommes et qui ont conduit à la domination masculine, à la discrimination contre les femmes de la part des hommes et à empêcher son développement. La violence contre les femmes tout au long de leur cycle de vie trouve son origine dans les règles culturelles, la langue et la religion qui perpétuent la condition inférieure attribuée aux femmes au sein de la famille, au travail et dans la société. Le thème est aggravé par la peur et la honte de dénoncer ».

La Résolution de la Commission des Droits de l'Homme adoptée en 1997, ainsi que par les Nations Unies, « condamne tous les actes de violence sexiste contre la femme, exige l'élimination de la violence sexiste au sein de la famille, et de la communauté, et souligne le devoir des gouvernement d'agir avec la diligence nécessaire pour prévenir, enquêter et conformément à la législation nationale, pour punir les actes de violence contre la femme et fournir aux victimes l'accès à des moyens de réparation justes et efficaces et à une assistance spécialisée ». Elle exhorte les États à « condamner la violence contre la femme et n'invoquer aucune coutume, tradition ou pratique pour des motifs religieux, pour éluder cette obligation », « adopter des mesures pour éradiquer la violence au sein de la famille et de la communauté », « renforcer dans la législation nationale les sanctions pénales, civiles, du travail et administratives pour punir toute forme de violence infligée aux femmes et aux jeunes filles », « améliorer la formation du personnel judiciaire, juridique, médical, social, pédagogique, ainsi que celui de la police et de l'immigration pour éviter les abus de pouvoir qui donne sujet à la violence contre la femme et sensibiliser ces personnes quant à la nature des actes et des menaces de violence sexiste, pour arriver à un traitement juste des femmes victimes », « amender les codes pénaux lorsque cela est nécessaire pour garantir une protection efficace contre le



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

viol, le harcèlement sexuel et d'autres formes de violence sexuelle contre la femme » et enfin, parmi beaucoup d'autres considérations, elle rappelle aux Gouvernements « que les obligations que leur impose la Convention sur l'éradication de toute forme de discrimination contre la femme doivent être pleinement appliquées par rapport à la violence de genre » (l'Espagne a ratifié la Convention en 1983).

Le rapport de Juillet 1997 du Parlement Européen qui donne lieu à la campagne –tolérance zéro- contre la violence de genre, ayant eu lieu en 1999 au sein de l'Union Européenne, considère que « *en accord avec la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, les États Membres qui n'appliquent pas une politique adéquate pour prévenir et lutter contre la violence à l'encontre des femmes, manquent à leur obligations internationales conformément à cette Déclaration ».*

De la même manière, dans notre pays, le propre législateur, pour la première fois, dans la Loi 27/2003, du 31 juillet, réglementant l'Ordre de Protection des victimes de la violence domestique se réfère expressément à la violence de genre en affirmant : « *la violence exercée dans le cadre familial, et en particulier, la violence de genre constitue un grave problème dans notre société et exige une réponse globale et coordonnée de la part de tous les pouvoirs publics. La situation engendrée par ces formes de violence part du cadre purement domestique pour devenir un fléau affectant et impliquant tous les citoyens ».* Et il fait même allusion à la sous-commission créée au sein de la Commission de Politique Sociale et de l'Emploi afin de « *...formuler des mesures législatives qui offrent une réponse intégrale face à la violence de genre...* » Cela démontre que la violence contre les femmes est une réalité sociale facile à constater et qui s'impose face à la violence domestique.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

De la même manière, l'Observatoire créé suite à la signature le 26 septembre 2002, d'une Convention entre le Conseil Général du Pouvoir Judiciaire, et les Ministères de la Justice et du Travail et des Affaires Sociales, est dénommé Observatoire Contre la Violence Domestique et de Genre. L'Observatoire, en tant qu'instrument d'analyse, a toujours obtenu des données statistiques dans le cadre de ses compétences, en réalisant des analyses socio-juridiques, tel qu'il sera affirmé plus loin dans le commentaire l'article 25.

Il convient de déduire clairement des affirmations précédentes, que le bien juridique protégé moyennant les mesures établies par l'Avant-projet de loi qui est actuellement analysé, est, comme l'a souligné l'Accord de la Commission Plénière du 21 mars 2001 de ce Conseil, la dignité humaine, valeur suprême de la cohabitation que notre texte constitutionnel proclame explicitement dans l'art. 10.1, bien qu'elles n'apparaissent souvent intimement liées à d'autres biens nécessitant également une protection, comme la vie et l'intégrité physique et morale, et la même chose est déduite, entre autres, des Arrêts Du Tribunal Suprême du 24 juin et du 7 septembre 2000.

En étudiant le phénomène de la violence contre les femmes, la doctrine converge majoritairement pour affirmer que c'est un phénomène social à dimensions multiples et diverses, expression d'un ordre social basé sur l'inégalité suite à une attribution de rôles différents aux hommes et aux femmes en fonction de leur sexe et avec une reconnaissance différente et supérieure pour le sexe masculin. C'est une manifestation de l'inégalité entre genres, de cette inégalité dans laquelle vivent encore beaucoup de femmes et de la formule à laquelle ont recours beaucoup d'hommes pour les dominer et maintenir leurs privilèges dans le cadre familial, en entraînant



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

de graves effets directs pour la propre femme mais aussi pour les enfants, en tant que victimes invisibles de la violence domestique.

Par conséquent, le fait que le prélegislateur ait opté pour une loi intégrale de mesures contre la violence envers la femme, n'est pas aléatoire, mais au contraire aisément compréhensible, ce qui n'implique, en aucune manière, que les autres sujets passifs, qui d'une manière ou d'une autre, subissent la violence domestique ne soient pas protégés, puisque ces derniers, comme on aura l'occasion de l'analyser plus loin, obtiennent une protection adéquate à travers les préceptes existants du Code Pénal, tels que les articles 153 et 173.2.

Il ressort de tout ce qui a été exposé antérieurement, que la violence s'exerce sur la femme ou en considération de la femme, pour son appartenance au sexe féminin bien que les conséquences s'étendent à d'autres cadres, et pour cette raison, l'Avant-projet de Loi a opté pour la dénomination de « contre la violence exercée sur la femme », dénomination qui compte sur un large soutien dans les textes des traités et des conventions internationaux ratifiés par l'Espagne.

Pour cela, la loi Intégrale, systématise les mesures coordonnées entre les différents professionnels qui traitent les victimes, en assurant une fluidité et une unification plus importante dans l'adoption des mesures civiles et pénales, y compris celles à caractère préventif, en évitant la disparité de critères. Dans le même temps, des mesures éducatives sont adoptées pour renforcer l'égalité des sexes, la lutte contre toute forme de discrimination et pour éliminer les rôles sociaux établis, sans oublier de mettre en place des mesures qui garantissent l'application adéquate et efficace de cette même Loi, en créant pour cela les infrastructures nécessaires et en dotant des fonds.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Comme nous l'avons dit, l'éducation basée sur l'égalité est un point de départ important dans la prévention de la maltraitance à l'encontre de la femme. Cette éducation ne doit pas se limiter aux enfants, mais elle doit aussi être inculquée aux adultes ; c'est pourquoi il est nécessaire de mettre en place des plans de formation selon les différents niveaux d'intervention du personnel qui va lutter, de manière coordonnée, contre ce problème social, en insistant sur la préparation adéquate des membres des Forces et Corps de Sécurité de l'État, du personnel sanitaire, des équipes techniques d'assistance, mais aussi sur la formation spécifique des membres de la Carrière Judiciaire qui vont se spécialiser, vu la difficulté de comprendre tous les aspects personnels et sociaux sous-jacents de ce problème et en partant toujours du principe que les Juges et les Tribunaux, par définition, assument la protection des droits et des libertés et deviennent leurs garants, en assumant parfaitement le principe d'égalité et de non discrimination, étant donné leur rattachement, en tant que pouvoir public, à la Constitution Espagnole et au reste de l'ordre, selon ce qui est stipulé par l'article 9 de la Constitution Espagnole et l'article 5 de la Loi Organique relative au pouvoir Judiciaire.

L'éducation et la formation doivent se traduire par une prise de conscience sociale impliquant tous les domaines, c'est-à-dire, la vie économique, politique et sociale, puisque les femmes se trouvent dans tous les domaines et dans tous il est possible de trouver la discrimination en raison du genre. En même temps, on doit lutter énergiquement pour une éducation générale des valeurs et des principes propres à une société démocratique, comme la société espagnole qui reconnaît la liberté, la justice, l'égalité et le pluralisme politique comme valeurs supérieures de son ordre et qui affirme expressément dans l'article 10 de la Constitution Espagnole que « la dignité de la personne, les droits inviolables qui lui sont inhérents, le libre développement de la personnalité, le respect de la Loi et



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

des droits des autres, sont un fondement de l'ordre politique et de la paix sociale », en renforçant les formes de résolution pacifique de tout type de conflit et en éradiquant l'agressivité latente dans plusieurs domaines sociaux. Dans ce sens, on évalue positivement les mesures de sensibilisation dans le domaine de la publicité et des moyens de communication, où l'on devra veiller à éviter certains contenus bien déterminés, réellement nuisibles et dangereux pour l'égalité des sexes et pour le respect des droits et de la dignité humaine sur tous les aspects.

Face à l'idée, non bien lointaine, que les actes violents contre la femme qui se produisent dans le cadre de la cohabitation quotidienne, dans le cadre privé, doivent rester intimes, en évitant tout type d'intrusion ou d'intervention, en particulier de la part des institutions gouvernementales, aujourd'hui, il est évident qu'il existe un intérêt social à protéger les victimes de cette forme de violence. La société ne peut donc pas rester impassible face à des formes graves d'atteinte à la vie, à l'intégrité physique et psychique, à l'honneur, à la liberté et, finalement à la dignité de l'être humain. En fait, les Traités internationaux ratifiés par l'Espagne comme par la C.E. et le reste de l'ordre, reconnaissent ces droits de la personne sans distinction de sexe et, en outre, ils imposent aux pouvoirs publics un devoir de promouvoir les conditions pour que la liberté et l'égalité de l'individu et des groupes dans lesquels il s'intègre soient réels et effectifs, en éliminant les obstacles qui empêchent ou rendent difficiles son épanouissement et en facilitant la participation de tous les citoyens dans la vie politique, économique, culturelle et sociale (art. 9 C.E.).

On peut penser qu'avec cela, et en particulier la protection pénale et la protection judiciaire, mais aussi avec d'autres formes de protection visées par l'avant-projet, on est en train d'introduire une sorte de discrimination, par exemple lorsque l'on prévoit des délits spécifiques ou des formes aggravées



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

de ceux-ci, dont le sujet passif est uniquement la femme. Cependant, cette sorte de discrimination doit être considérée comme une « action positive » ou « discrimination positive » expressément reconnue dans l'ordre juridique communautaire. Ainsi, les Directives 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, et 2002/73/CEE du Conseil, du 23 septembre 2002, ont reconnu que le principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes « n'empêchera pas les mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier pour corriger les inégalités de fait affectant les chances des femmes ... ». La décision de la CJCE du 19 mars 2002 (affaire Lommers) affirme : « à ce sujet, il ressort d'une jurisprudence réitérée, qu'une telle disposition a pour objectif précis et limité d'autoriser les mesures qui, bien qu'apparemment discriminatoires, sont effectivement destinées à éliminer ou à réduire les inégalités de fait qui pourraient exister dans la réalité de la vie sociale. Ladite disposition de référence autorise des mesures nationales dans le domaine de l'accès à l'emploi, y compris la promotion, qui, en favorisant particulièrement les femmes, sont destinées à améliorer leur capacité de concurrence sur le marché du travail et de développer une carrière professionnelle sur un même pied d'égalité que les hommes (résolution Kalanke, alinéas 18 et 19 ; Marschall, paragraphes 26 et 27, et du 28 mars 2000, Badeck et autres, C-158/97, alinéa 19). Dans le même genre, on trouve l'arrêt du 6 juillet 2000 (affaire Abrahamsson, Anderson et Fogelqvist) : « Selon le troisième considérant de la Recommandation 84/635/CEE du Conseil, du 13 décembre 1984, relative à la promotion des actions positives en faveur de la femme (JO L 331, p. 34 ; EE 05/04, p.124), « les normes juridiques existantes sur l'égalité de traitement, ayant pour objet d'octroyer des droits aux individus, sont suffisantes pour éliminer toute sorte d'inégalité de fait si, parallèlement, aucune action n'est entreprise, de la part des Gouvernements, des interlocuteurs sociaux et d'autres organismes compétents, qui tendraient à



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

compenser les effets nuisibles pour les femmes en activité, d'attitudes, résultat de comportements et de structures de la société ».

Notre Tribunal Constitutionnel s'est également prononcé à ce sujet dans plusieurs décisions, en jetant les fondements de l'action positive sur l'article 9.2 de la Constitution espagnole. Ainsi, la décision 109/1993, du 25 mars, établit que : « *Il ne peut donc pas être affirmé génériquement que tout avantage légal octroyé à la femme est toujours discriminatoire pour l'homme par le simple fait qu'il n'en soit pas bénéficiaire (comme cela pourrait être le cas pour la femme si on lui imposait une privation en raison du sexe). Et au contraire, la justification d'une telle différence pourrait se trouver dans une situation de désavantage de la femme que l'on tente de compenser ; dans ce cas, parce que cela se produit face à une relation de travail ; et sans préjudice que le législateur puisse étendre le bénéfice à l'homme ou même le supprimer sans non plus s'opposer aux préceptes constitutionnels invoqués. Il ne faut pas oublier, comme il a été déjà dit auparavant et que ce Tribunal a réitéré, que pour que la femme appartienne au groupe défavorisé, l'interdiction de la discrimination implique aussi l'adoption de mesures qui tentent d'assurer l'égalité effective des chances de la femme et de l'homme (ATC 128/1987 et 19/1989), ce qui justifie constitutionnellement des préceptes comme celui qui est débattu, destinés à éliminer les obstacles empêchant cette réelle égalité au travail « et dans la mesures où ces obstacles peuvent être effectivement éliminés à travers des avantages ou des mesures de soutien assurant cette égalité réelle des chances et ne peuvent de ce fait pas porter préjudice à la femme » (ATC 229/1992, f. j. 2) ».*

Pour sa part, l'arrêt 229/1992, du 14 décembre, du même Tribunal Constitutionnel affirme que : « Malgré le caractère bidirectionnel de la règle de traitement égalitaire entre les sexes, il ne convient pas de méconnaître



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

que ce sont les femmes qui ont été le groupe victime de traitements discriminatoires, pour cela l'interdiction de la discrimination implique aussi, en relation avec l'article 9.2 CE, la possibilité de mesures qui tentent d'assurer l'égalité effective des chances et de traitement entre hommes et femmes. L'atteinte de l'objectif égalitaire entre hommes et femmes permet la mise en place d'un « droit inégal égalitaire », c'est-à-dire, l'adoption de mesures rééquilibratrices des situations sociales discriminatoires préexistantes pour arriver à une comparaison substantielle et effective entre les femmes, socialement défavorisées, et les hommes, afin d'assurer la jouissance effective du droit à l'égalité de la femme (ATC 128/1987 et 19/1989). On justifie ainsi constitutionnellement les mesures en faveur de la femme étant destinées à éliminer les obstacles qui empêchent effectivement la réalisation de l'égalité des chances entre hommes et femmes au travail, et dans la mesure où ces obstacles peuvent être effectivement éliminés via des avantages ou des mesures de soutien à la femme assurant cette égalité réelle des chances et qui ne peuvent effectivement pas être préjudiciable à la femme ». Dans le même sens, on trouve l'arrêt 26/1992, du 9 mars, qui, en citant la 216/1991 dit : « On ne peut pas considérer comme discriminatoire et constitutionnellement interdite –bien au contraire- l'action de favoriser sciemment l'action délictuelle, même temporelle, que ces pouvoirs (publics) entreprennent en faveur de collectifs déterminés, historiquement non protégés et marginalisés, afin que, moyennant un traitement favorable spécial, ils voient leur situation d'inégalité substantielle être améliorée ou être compensée » (f. j. 5) ».

C'est donc dans le contexte de l'adoption d'un ensemble de mesures à caractère intégral face à ce fléau social de la violence envers les femmes que les dispositions de l'Avant-projet actuellement analysé trouvent leur explication et leur justification. Un ensemble de mesures qui peut certainement être qualifié de discrimination positive en faveur des femmes



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

et qui, par conséquent, vont au-delà de la lettre des expressions de l'article 14 CE, mais qui jouissent d'une légitimité constitutionnelle dans le cadre d'une situation sociale dans laquelle la dignité des femmes se voit trop souvent sérieusement remise en question, mesures de discrimination positive en faveur des femmes qui comptent sur l'appui de nombreuses résolutions internationales, qui ont déjà reçu à plusieurs occasions le soutien du Tribunal Constitutionnel et qui sont équilibrées et en adéquation avec l'objectif les justifiant.

Dans ce sens, les signataires de ce Vote considèrent que l'objet et la finalité générale de l'Avant-projet s'ajuste pleinement avec la réalisation des valeurs que la Constitution Espagnole garantit. De la même manière, ils pensent qu'une Loi Intégrale serait nécessaire, dans laquelle seraient réunis tous les aspects de la violence contre la femme que nous avons déjà mentionnés, en incluant des mesures de sensibilisation, de droits et d'assistance aux victimes, une protection institutionnelle, pénale et judiciaire, et pour cela ce Conseil Général du Pouvoir Judiciaire considère que l'initiative législative est importante, en particulier par son caractère innovateur et parce qu'elle introduit pour la première fois dans l'ordre juridique une Loi Intégrale pouvant ouvrir un large débat social concernant ce thème, sans préjudice des observations qui vont être faites à la suite.

Le fait que l'Avant-projet soit accompagné d'un Mémoire économique mérite une évaluation positive. Celui-ci contient l'évaluation des coûts nécessaires pour faire face, de manière efficace, au grave problème de la violence contre la femme, en considérant comme satisfaisante la disposition concernant le plan de Tribunaux de Violence contre la Femme, ainsi que l'adaptation de ceux qui existent déjà, le coût de l'Assistance Juridique Gratuite et la création d'Unités d'Évaluation Médico-légale Intégrale, bien



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

que, conformément à ce qui sera exposé par la suite, on devrait également prévoir la création d'équipes psycho-sociales ou multidisciplinaires.

II

AU SUJET DE L'IMPORTANCE DE LA DÉFINITION DE LA VIOLENCE CONTRE LA FEMME ÉTABLIE PAR LE TITRE PRÉLIMINAIRE DE L'AVANT-PROJET

Le Législateur, a enfin compris que la violence contre les femmes a certainement une portée pluridisciplinaire et qu'il convient de l'aborder avec des mesures préventives, des mesures d'assistance et une intervention sociale en faveur de la victime, avec des mesures encourageant les enquêtes, ainsi que des mesures législatives tendant à la répression de ces délits ; cependant, alors que l'initiative législative du Gouvernement antérieur, plus concrètement de la Loi Organique de Mesures Concrètes en Matière de Sécurité Citoyenne, VIOLENCE DOMESTIQUE, s'est contenté de la simple allusion aux mesures d'assistance et d'intervention sociale de l'Exposé des Motifs et de l'intensification de la répression pénale, l'Avant-projet de Loi Organique Intégrale de Mesures contre la Violence exercée à l'égard des Femmes vise une batterie de droits économiques, d'assistance sociale intégrale, de protection institutionnelle etc., pour la femme maltraitée. Pour cette raison, cette Loi Organique mérite des applaudissements, sans préjudice des défauts techniques qu'elle contient sans doute, et qui peuvent parfaitement être palliés dans le processus législatif. Cependant, on a cherché à transmettre un faux message, simpliste et mal intentionné : création d'un droit pénal pour les hommes et quelques tribunaux pour les femmes et un insolite mélange de procédures civiles et pénales.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Article 1^o.2 de l'Avant-projet : « En vue de cette Loi, on comprend par violence exercée sur la femme, celle qui est utilisée comme instrument pour maintenir la discrimination, l'inégalité et les relations de pouvoir des hommes sur les femmes. Elle englobe la violence physique et psychologique, y compris les agressions contre la liberté sexuelle, les menaces, la contrainte ou la privation arbitraire de liberté, aussi bien dans la vie publique que dans la vie privée, lorsque le principal risque est constitué par le fait d'être une femme ».

La rédaction du précepte mentionné est assez disgracieuse et il convient de rechercher une rédaction qui précise parfaitement le cadre d'application de cette Loi, celle-ci n'étant pas pensée pour les femmes mais pour la protection des femmes victimes –il faudrait également y inclure les jeunes filles- d'une violence se caractérisant par le mépris de l'être humain impliquant la réduction d'une personne à la condition d'objet, de ballot, de simple chose, son annulation en tant que personne libre, finalement la négation de sa dignité en tant que personne, la répression des comportements et la protection des victimes contre cette notion par laquelle la femme est une propriété ou un bien sans droits, émanation d'une histoire tribale biblique et féodale qui subsiste à l'époque actuelle, et qui augmente avec les flux migratoires. Finalement, ce que l'on prétend avec cette Loi c'est, d'une part, la condamnation énergique, non pas de tous les hommes, mais de ceux qui ont des comportements typiques consistant à empêcher que la femme atteigne des niveaux de liberté et de dignité lui revenant de droit en tant qu'être humain, certaines d'entre elles perdent même la vie en cours de route, et d'autre part, de faciliter les prestations nécessaires aux victimes afin que leur personnalité puisse se développer librement.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Le rejet de l'article 1^{er} et la prétention de l'inclure dans l'Exposé des Motifs reflète l'incompréhension du fait qu'il souligne l'objectif de la Loi et qu'il sert à motiver le cadre de compétence des Tribunaux de violence contre la femme, et les mesures d'assistance, mais qu'il délimite les catégories pénales auxquelles fait référence le dernier sous-alinéa de l'alinéa 2 de l'article 1^{er}, indubitablement sans succès. Ce n'est pas faire fausse route non plus que de fixer le cadre de compétence « lorsque le principal facteur de risque est constitué par le fait d'être une femme ». La réalité sociale montre qu'il existe un archétype traditionnel de la femme coincée dans une toile d'araignée soigneusement tissé par la tradition, la religion (quelque religion que ce soit) imprégnée de l'idée de servitude par rapport à l'autre et pour qui la relation de couple et la relation mère-enfant représente ce qu'il y a de plus important. Les associations féministes et les courants forts de promotion de la femme s'en prennent à cet archétype. Une tension se produit entre les deux influences ; d'un côté les femmes se rebellent, elles ont soif de droits et elles appellent la justice à l'aide ; de l'autre, le sentiment de culpabilité que suscite le pardon. Les hommes corrigent de la manière qui leur semble appropriée les femmes qui se rebellent, même si cette rébellion est modérée : ils les agressent physiquement et sexuellement, ils les insultent et disposent d'elles comme bon leur semble et ils vont même jusqu'à les tuer ; c'est le risque d'être une femme auquel la Loi fait référence.

D'après tout ce qui a été exposé auparavant, on comprend facilement la raison d'être de l'article 1^{er} et la nécessité de ne pas le supprimer, mais simplement d'améliorer sa rédaction.

Ce qui attire notre attention, aussi bien dans le rapport que dans le vote dissident, c'est la critique envers l'introduction inappropriée de l'élément intentionnel dans la définition, en affirmant que « la constatation



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

de cette intentionnalité posera des problèmes dans le cas concret » que « si on ne fait que présumer que toute agression envers une femme est présidée par cette présomption normative que l'agression est commise dans ce but ou en raison de leurs objectifs, on est en train de recréer un droit pénal d'auteur et dans le cadre organique et judiciaire, on est en train de revenir à un système de juridictions spéciales »(sic). Dans toute la rhétorique du rapport, de la page 34 à 59, on ignore non seulement ce qui a été dit antérieurement, mais aussi que les conditions d'abandon ne doivent pas être présumées mais doivent être prouvées, autant pour combler la catégorie pénale qui les prend en compte, que pour apprécier la circonstance aggravante correspondante. On oublie, également que la volonté ou l'intention de celui qui réalise le comportement typique, n'est pas quelque chose qui doit être vérifié lors de l'audience de jugement – comme il est absurdement affirmé-. Bien sûr, c'est comme cela qu'il faut procéder pour dicter un jugement condamnatore par la catégorie pénale qui l'exige. Cependant, on doit prendre en compte cette volonté ou intention en tout début d'enquête pour déterminer quelle procédure est suivie : procédure d'urgence, procédure abrégée, procédure du Tribunal Collégial du Jury, cour d'Appel ou Tribunal Correctionnel, Tribunal National et jusqu'au Tribunal Pénal International etc. L'attaque de ce point cause une confusion dans la mesure où le Code Pénal que nous connaissons tous, ou que nous devrions connaître, est plein de délits dont l'intention ou le but fait partie de la spécificité, selon que ce soit l'un ou l'autre, la catégorie pénale change et la peine aussi. Ad exemplum, sans être exhaustif, les suivants:

a).- Art. 607.1 (délits de génocide) « ceux qui, DANS L'INTENTION de détruire totalement ou partiellement un groupe national, ethnique, racial ou religieux, perpétraient l'un des actes suivants : 1^{er} .-....avec une peine de prison de 15 à 20 ans s'ils tuaient l'un de ses membres, 2^{ème}.- Avec une peine de prison de 15 à 20 ans s'ils agressaient sexuellement l'un de ses



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

membres ou s'ils leur causaient des lésions dans l'art. 149. 3^{ème}.- Avec une peine de prison de 8 à 15 ans, s'ils soumettaient le groupe ou n'importe lequel de ses individus à des conditions d'existence qui mettraient en danger leur vie ou qui nuiraient gravement à leur santé, ou s'ils leur produisaient l'une des lésions prévues par l'art. 150. 4^{ème}.- Avec la même peine, s'ils réalisaient des déplacements forcés du groupe ou de ses membres, s'ils adoptaient n'importe quelle mesure visant à empêcher leur genre de vie ou leur reproduction, ou bien s'ils déplaçaient par la force les individus d'un groupe vers un autre. 5^{ème}.- Avec une peine de prison de 4 à 8 ans, s'ils provoquaient n'importe quelle autre lésion différente de celles indiquées dans les numéros 2 et 3 de cet alinéa.

On observe qu'il est évident, que l'intention définit la catégorie pénale et qu'elle augmente les peines de manière considérable (comparées avec les peines prévues pour l'homicide, les lésions, etc. sans cette intention) ; et qui plus est, la compétence de l'instructeur et de l'organe de jugement peut convenir dans le cadre de compétences du Tribunal Pénal International.

b) Art. 598, « celui qui, SANS INTENTION de favoriser une puissance étrangère, se procurerait, révélerait, falsifierait ou rendrait inutilisable une information légalement réservée ou secrète en relation avec la sécurité nationale ou la défense nationale ». Si l'intention existait, la peine serait beaucoup plus grave et l'organe de jugement serait tout autre.

c) Art. 584, « l'espagnol qui DANS L'INTENTION de favoriser une puissance étrangère, une association ou une organisation internationale, se procurait, falsifiait, rendait inutilisable ou révélait une information classée comme réservée ou secrète, susceptible de porter préjudice à la sécurité nationale ou à la défense nationale, serait puni, en tant que traître, par la peine de prison de 6 à 12 ans ». Il faut noter que cela correspond à



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

l'espagnol, parce que l'étranger serait puni par une peine inférieure en degré.

d) Art. 571, « ceux qui appartiennent, agissent ou collaborent avec des bandes armées, des organisations ou des groupes DONT LE BUT est de bouleverser l'ordre constitutionnel ou de troubler gravement la paix publique et qui commettent les délits de dégâts ou d'incendies qualifiées dans les articles 346 et 351 seront punis par des peines de prison allant de 15 à 20 ans... ». L'aggravation de la peine à cause de l'objectif face aux délits de dégâts ou d'incendies, est évidente.

e) Art. 557, « seront punis par une peine de prison allant de 6 mois à 3 ans ceux qui, agissant en groupe, et dans le BUT d'atteinte à l'ordre public, troubleraient l'ordre public en causant des lésions aux personnes, en produisant des dommages dans les propriétés, en rendant impraticables les voies publiques ou les accès à ces dernières...etc....Le but augmente la peine et permet de déterminer le vacarme de la rue durant les nuits folles de nos jeunes de la *Kale Borroka*, le même fait objectif pouvant être instruit par un Tribunal Central et jugé par la Chambre Pénale du Tribunal National ou par les organes judiciaires correspondant au lieu où se sont déroulés les faits. Nous insistons, une fois de plus, l'objectif, l'intention, le but doit être évalué indicièrement par un jugement de valeur, qui peut devenir erroné, au début même de la procédure.

Enfin, il reste un doute que certaines qualités du sujet passif et que certains objectifs du sujet actif du délit, déterminent les catégories pénales des articles 150 et suivants du Code Pénal sous la rubrique significative « Des délits relatifs à l'exercice des droits fondamentaux et des libertés publiques ».



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

À tout ce qui précède, nous devons ajouter la 4^{ème} circonstance aggravante de l'article 22 par laquelle il est fait allusion à la commission du délit POUR DES MOTIFS racistes, antisémites ou toute autre sorte de discrimination en rapport à l'idéologie, la religion ou les croyances de la VICTIME...SON SEXE...

Pour terminer, et ne pas rendre excessivement exhaustif l'exposé, nous mentionnerons les articles 485 et 486 qui aggravent notoirement la peine lorsque la victime de l'homicide, de l'assassinat ou des lésions est le Roi ou quiconque de ses ascendants ou descendants, La Reine consort, le consort de la Reine, ou l'un des membres de la Régence.

III

EXAMEN DU TEXTE DE L'AVANT-PROJET DE LOI.

1.- De l'Exposé des Motifs.

Comme on le sait, l'Exposé des Motifs d'une Loi est important pour comprendre la portée de cette dernière, mais aussi pour faciliter l'interprétation de la norme juridique, puisque selon l'article 3 du Code Civil, les normes sont interprétées dans le sens propre des termes, par rapport au contexte, aux antécédents historiques et législatifs et à la réalité sociale et le temps dans lequel elle doivent être appliquées, en étant fondamentalement attentif à l'esprit et à l'objectif de celles-ci. Pour cela, il est nécessaire d'analyser sommairement l'Exposé des Motifs de l'Avant-projet soumis à la considération de ce Conseil, en particulier ce qui a trait aux alinéas I et II et à la dernière partie de l'alinéa III.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Bien qu'il soit certain qu'un effort considérable a été réalisé pour justifier la nécessité de la réforme, le manque de clarté de l'exposé attire l'attention, en particulier dans quelques uns de ses paragraphes avec une répétition et un mélange de concepts qui rendent sa lecture difficile, et en même temps, il existe une rare référence aux Normes constitutionnelles et au reste de l'ordonnancement qui, en dernier lieu, justifient la promulgation d'une Loi d'une telle transcendance, en tenant compte du fait que les préceptes et les principes constitutionnels cités constituent la base légitimatrice de la propre Loi et contribue à orienter l'interprète dans son application.

Il n'y a rien à objecter à la partie III en ce qui concerne le résumé du contenu de la Loi. Cependant, concernant l'affirmation qui dit que *« conformément à la tradition juridique espagnole, il a été opté pour une formule de spécialisation au sein de l'ordre pénal, des juges d'instruction, en créant les Tribunaux de Violence contre la Femme et en excluant la possibilité de création d'un nouvel ordre juridictionnel ou à la prise en charge de compétences pénales par les juges civils »*, l'option du législateur n'est pas si étrange, puisque dans la tradition juridique espagnole, le Juge de Première Instance d'Instruction a toujours existé, jusqu'il y a quelques décennies, très souvent seul dans beaucoup de circonscriptions judiciaires, avec des compétences civiles lorsqu'il est Juge de Première Instance et des compétences pénales lorsqu'il est Juge d'Instruction.

Dans le dernier paragraphe de l'Exposé des Motifs, l'inclusion d'une Disposition Finale pour la transposition de la Directive 2002/73/CE du Parlement Européen et du Conseil relatif à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans les conditions de travail, est justifiée, afin d'aborder d'une manière globale la protection face au harcèlement sexuel, en considérant que même s'il était susceptible d'être inclus dans le concept



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

générique de violence contre la femme, sa plus grande étendue, telles que sont définies les Directives Communautaires, préconise un traitement spécifique. Il ne devrait rien y avoir à objecter à cette observation bien que ce ne soit les propres Directives qui établissent le délai de transposition, obligatoire pour les États membres, sans préjudice que dans ce cas, le royaume d'Espagne puisse opter pour raccourcir ce délai ; malgré cela, la force inaliénable du précepte serait discutable, dans tous les cas, il impose donc seulement une obligation au propre législateur. Étant donné que la treizième Disposition Finale ne fixe pas réellement de délai pour la transposition de la Directive, mais un délai « *de six mois à compter de l'entrée en vigueur de la présente Loi Organique* » pour l'élaboration d'un Projet de Loi pour la transposition de la Directive, si la période de vacatio legis de la Loi Organique qui est actuellement analysé, est de six mois (seizième Disposition Finale), naturellement à compter de sa publication dans le Bulletin Officiel de l'État, le délai pour élaborer le Projet de Loi de transposition est d'un an à partir de la publication de la Loi Organique dans le BOE, ce qui ne veut pas dire que la Directive soit effectivement transposée dans ce délai d'un an, lorsque la propre Directive dans son article 2.1 oblige tous les États membres à effectuer la transposition au plus tard le 5 octobre 2005, et pour cette raison, on pourrait reconsidérer la convenance de l'introduction de la Disposition Finale, puisque la propre Directive Espagne est obligée d'avoir fini l'élaboration de la Loi de transposition pour cette date. Date qui arrivera probablement à échéance avant que les prévisions de la Disposition Finale ne soient respectées étant donné la nécessaire instruction parlementaire de la Loi.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

2.- Mesures de sensibilisation.

Nous, les membres du conseil qui participons au vote, approuvons les mesures de sensibilisation introduites à la Loi et nous les évaluons positivement et, bien qu'ayant un caractère général, elle n'a pas les compétences nécessaires pour rendre compte de celles-ci. Le ferme souhait de collaborer avec d'autres organes constitutionnels oblige à effectuer une considération pour contribuer à l'amélioration du texte et en particulier, ce qui fait référence à son applicabilité et à son incidence effective sur les procès.

On évalue positivement l'effort réalisé pour introduire dans le système éducatif, une formation spécifique pour la résolution pacifique des conflits et l'élimination d'obstacles qui rendent difficile la pleine égalité des sexes, ainsi que la formation au respect des droits et des libertés fondamentales et à l'exercice de tolérance et de la liberté au sein des principes démocratiques de cohabitation. L'éradication de la violence contre la femme exige l'adoption de mesures éducatives, en encourageant l'égalité des sexes et en éliminant les rôles sociaux établis. La sensibilisation sociale et le renforcement de l'importance du rôle de la femme dans la vie quotidienne sont fondamentaux pour construire sa propre image, et pour ce faire, il faut en finir avec la culture sexiste qui véhicule le sens de la suprématie de l'homme par rapport à la femme à laquelle on attribue des qualités telles que la docilité et la soumission à l'homme, en particulier au sein du ménage ou de la cohabitation en couple. La clé du changement qui doit être effectué face à ce problème est un pari ferme et décidé, pour la pleine efficacité des mesures éducatives.

Ainsi, ce qui attire l'attention, c'est qu'en recherchant la protection de la dignité de la femme, reconnue dans l'article 10 de la Constitution et dans



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

les textes internationaux, seuls les moyens de communication de titularité publique sont contraints de veiller à la protection et à la sauvegarde de l'égalité entre hommes et femmes, en évitant toute discrimination illicite entre eux. Il est certain que le précepte peut être considéré superflu, puisque tous les particuliers et les pouvoirs publics sont contraints au respect et à la protection des droits et des libertés, puisque cela est ainsi garanti par la Constitution et par le reste de l'ordonnancement juridique, mais si un article tel que le 9 dont nous avons déjà parlé, est introduit, on ne comprend pas pourquoi on ne peut pas exiger à n'importe quel moyen de communication en général, la protection et la sauvegarde de l'égalité entre hommes et femmes, indépendamment du fait qu'avec les moyens légaux déjà existants, les comportements discriminatoires puissent se poursuivre.

Dans le cadre sanitaire et sans préjudice de ce qui est stipulé par l'article 27, relatif aux plans de collaboration, il pourrait être nécessaire de renforcer l'application des protocoles sanitaires normalisés déjà existants et approuvés par le Conseil Interterritorial du Système National de la Santé, dans lesquels les professionnels sanitaires rendent compte, concrètement et précisément, de la détection précoce de la violence contre la femme ; protocoles qui peuvent avoir une importance extraordinaire pour faciliter la dénonciation aux victimes, ainsi que l'évaluation de ces premiers signes constatables de violence pour les organes juridictionnels et les équipes collaboratrices.

3.- Droits des femmes victimes de violence

L'article 12 de l'Avant-projet contient une simple déclaration de principes, sans aucun contenu normatif, bien que son titre soit celui de la



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

« *garantie des droits des victimes* ». Pour cela, on propose son inclusion dans l'Exposé des Motifs.

Quant au droit à l'information reconnu par l'article 13 en évaluant positivement le précepte, il pourrait être approprié de le mettre en relation avec l'article 15 relatif à l'assistance juridique, afin de garantir expressément l'information et le conseil juridique adéquats, préalables au début de toute action procédurale, et ce conseil serait assuré par des avoués des services spécialisés en assistance juridique en matière de violence domestique et envers la femme et à travers les services de roulements établis, conformément aux conventions signées ou pouvant être signées avec les différents ordres d'avocats, en garantissant en outre l'information 24h/24h.

L'article 14 établit une habilitation spéciale des services sociaux d'attention, d'urgence et de récupération intégrale de la femme, pour solliciter au juge des mesures urgentes qu'il considèrera nécessaires. D'une part, on observe un manque de précision quant à savoir quelle sera la structure de ces services sociaux, la composition et l'incorporation au sein de l'administration d'État, ce qui est fondamental pour justifier leur habilitation. D'autre part, leur capacité est en principe illimitée étant donné qu'on ne spécifie pas les mesures concrètes qu'ils peuvent solliciter au juge, bien que cela ne fasse aucun doute que généralement la disposition est réussie, vu la transcendance sociale de la violence envers la femme et la nécessité que de telles situations soient connues du juge afin que les mesures opportunes soient adoptées.

L'article 15 traite de l'assistance juridique, précepte qui doit être mis en relation avec l'article 119 de la Constitution espagnole, ainsi que la Loi 1/1996, du 10 janvier, d'Assistance Juridique Gratuite et des Règlements de développement dictés dans la cadre étatique et autonome. Cependant, il



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

serait approprié, afin de maintenir l'unité et la cohérence de l'ordonnancement juridique, de procéder à la réforme de la Loi 1/1996 mentionnée, en incorporant l'article 15 que nous avons commenté. Le fait que la victime de la violence envers la femme ait le droit à la défense et à la représentation gratuite suppose un important progrès, bien qu'elle ne soit pas obligatoire, et pourvu que la femme n'ait pas les ressources suffisantes, dans tous les procès où elle représenterait une partie et dans les procédures administratives, de la même manière qu'un même ministère d'avocat assumera la défense de la victime lors de tous les procès et les réclamations qui ont une cause directe ou indirecte sur la violence subie. Cependant, il serait approprié, conformément à ce qui a déjà été indiqué lors du commentaire de l'article 13, que l'assistance juridique gratuite s'étende aussi à l'information préalable à toute action processuelle, à travers les conventions opportunes 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 d'Assistance Juridique Gratuite, puisque c'est concrètement dans ces cas de violence contre la femme que se justifie le mieux le fait que l'organe judiciaire assure, de manière immédiate, les droits à la défense et à la représentation, non seulement de la personne accusée, mais aussi de la victime ; et par conséquent, par rapport aux circonstances et à l'urgence du cas, une résolution motivée doit être dictée, en intimant les ordres professionnelles, de nommer provisoirement un avocat et un avoué, en étudiant par la suite la sollicitude, selon ce qui est prévu par la Loi.

La concession de droits du travail et de sécurité sociale aux femmes employées et aux femmes fonctionnaires victimes de violence visées par les articles 16 à 20 de l'Avant projet, s'avère plutôt positive, justifiant ainsi le fait d'accréditer le concours de circonstances donnant lieu à la reconnaissance de tels droits, avec l'ordre de protection en faveur de la victime ou, à défaut,



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

par le rapport du Ministère Public qui indique l'existence d'indices que la demanderesse est victime de violence contre la femme, puisqu'il incombe au Ministère Public, selon son Statut Organique, de défendre la légalité et les droits des citoyens et il doit veiller à la protection processuelle des victimes, en promouvant les mécanismes prévus afin qu'ils reçoivent l'aide et l'assistance effectives. Il faut garder à l'esprit que l'adoption des mesures, conséquence immédiate des droits qui leur sont reconnus, doit se faire le plus rapidement possible pour qu'elles soient efficaces, et pour cela, en général, il est déconseillé d'attendre une décision judiciaire à ce sujet, tel que l'acte d'accusation ou l'ordonnance d'ouverture de l'audience de jugement, sans que la simple introduction d'instance, par elle-même, n'indique l'existence d'indices de violence contre la femme. Néanmoins, il peut y avoir des cas ne justifiant pas d'urgence, dans lequel cas il ne doit exister aucun inconvénient pour qu'une décision judiciaire constitue l'élément d'accréditation du concours de circonstances donnant lieu à la reconnaissance des droits reconnus, puisque le juge ne peut émettre de rapport d'aucune sorte, et encore moins s'ils impliquent de préjuger.

Il serait recommandable de faire une évaluation de l'articulation des formules pour la résolution des conflits qui pourraient être la conséquence du non accord entre les parties, la concession d'une certaine marge arbitraire judiciaire pour moduler ou élargir les droits des femmes employées affectées, si la situation de violence persiste au-delà des limites initialement prévues, la possible qualification comme licenciement nul avec l'obligation de réintégrer l'employé par l'entreprise, pour empêcher l'employée victime d'exercer les droits reconnus par la loi intégrale, ainsi que pour réfléchir sur les possibles systèmes de protection des victimes qui revêtent une condition d'employées autonomes.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Enfin, on observe une simple erreur mécanographique dans l'article 21, en se reportant à l'article 17 au lieu de se reporter à l'article 18.

4.- Protection institutionnelle

On évalue positivement la protection institutionnelle à travers la création d'une Délégation du Gouvernement contre la violence exercée à l'encontre de la femme et d'un Observatoire National, ainsi que les mesures prévues pour la création d'unités spéciales dans les forces et les corps de sécurité de l'état et pour la collaboration des polices locales.

En rapport à l'article 25, 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 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. Il a été créé dans l'objectif de doter d'effectivité les actions que chacune des trois institutions développent séparément en la matière, les Communautés Autonomes élargissant leur composition avec des compétences en matière de justice et au Bureau du Procureur d'État, respectant ainsi le principe constitutionnel de coordination administrative dans la défense, la garantie et la protection des droits fondamentaux des citoyens. Depuis sa création, l'Observatoire a réalisé un important travail.

Les activités les plus importantes ayant été développées par l'observatoire sont, entre autres, les suivantes :



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

1) Le travail de recherche de suivi des Décisions et des arrêts judiciaires dictés par les Juges, afin de connaître la manière dont 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 les juges, les procureurs, les avocats, les avoués, les administrations publiques, les universités, les associations, le Défenseur du Peuple, les services sociaux, etc. 5) Création de la Commission de Suivi de l'Ordre de Protection intégrée par des représentants du Conseil Général du Pouvoir Judiciaire, du Ministère de la Justice, du Ministère du Travail et des Affaires Sociales, du Bureau du Procureur Général d'État, des Communautés Autonomes ayant des compétences en matière de Justice, des représentants des Ordres Professionnels dans le cadre de la Justice et de la Fédération des Communes et des Provinces, avec des 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 s'étant déroulés en 2003 et un séminaire en 2004.

Les Membres signataires considèrent opportune la survie de l'Observatoire déjà existant, étant donné que les cadres d'action n'ont pas de raison de se chevaucher, puisque celui qui est déjà créé n'évalue pas la violence contre la femme dans le domaine de l'éducation, du travail et du cadre de la fonction publique, se restreignant à celui de l'Administration de Justice, en s'occupant du recueil des données en relation 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



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

formules de coopération entre les deux. Il pourrait y avoir une confusion 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 aucun conflit ou chevauchement des fonctions.

Concernant l'article 26, il est évident qu'il y a une nécessité de coopération entre les différentes administrations et plus particulièrement avec les forces et les corps de sécurité, en tenant compte à ce sujet, qu'à travers la Commission de Suivi pour l'implantation de l'Ordre de protection des victimes de violence domestique, on a élaboré un Protocole d'Action des Forces et des Corps de Sécurité et de Coordination avec les Organes Judiciaires pour la protection des victimes de la violence domestique et de genre, Protocole qui a été approuvé par la Commission de Suivi durant la session du 10 juin 2004 et qui entrera en vigueur dans le délai d'un mois à compter de son approbation.

Il convient de dire la même chose concernant l'article 27, puisqu'il ne fait aucun doute que la lutte contre la violence exercée sur la femme doit être intégrale et touche toutes les administrations et les collectifs, et pour cette raison il ne peut être efficace que par la mise en place de plans de collaboration.

Le cadre fixé par l'article 28 (articles 148.4, 171.4 et 172.2 du Code Pénal) est trop réduit et devrait s'étendre au domaine fixé par l'article 1.2.

La pièce clé de cet Observatoire est le Bureau du Procureur Général d'État. L'oubli du Ministère Public par le Gouvernement donne lieu à des situations quelque peu grotesques, comme la signature d'une Convention par les Ministres des Affaires Sociales et de la Justice et du Conseil Général



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

du Pouvoir Judiciaire, pour le Suivi des Décisions Judiciaires dictées dans ce domaine, le Procureur Général ne participant que comme simple spectateur, bien que l'Institution qu'il dirige connaisse, ou devrait connaître, toutes les Décisions Judiciaires dictées dans tout le territoire, puisqu'elles lui sont toutes notifiées, non pas pour qu'il les « observe » mais afin qu'il fasse appel de ces dernières, en corrigeant tout fourvoiement judiciaire, correction qui est défendue au Conseil Général du Pouvoir Judiciaire en vertu du principe d'indépendance judiciaire. À plus forte raison, le Procureur Général de l'État, après que les Procureurs spécialisés aient examiné cet énorme matériel, possède les conditions optimales pour connaître quels sont les points faibles de la poursuite pénale dans cette matière et exiger aux Procureurs spécialistes ou à d'autres, en vertu du principe de hiérarchie et de dépendance, d'exercer fermement l'action pénale, et faire appel des Décisions Judiciaires si nécessaire, de montrer le zèle maximum dans l'enquête et dans la demande de mesures conservatoires et de corriger la non-exécution des instructions dictées ou leur exécution modérée.

Le législateur a une fois de plus oublié que le Ministère Public est une pièce clé de la politique criminelle et il lui attribue, dans la Loi, de s'occuper du simple rôle processuel et de rares mesures.

Compte tenu de la volonté politique de produire un bouleversement dans la Loi de Procédure Criminelle, en attribuant au Ministère Public la direction de l'enquête pénale, il faut profiter de la Loi Intégrale contre la Violence Domestique pour initier le changement annoncé, en attribuant au Ministère Public des compétences d'enquête dans le cadre limité de cette Loi, comme cela a déjà été fait à l'époque avec la Loi du Mineur.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

5.- Protection pénale

Dans ce point, il serait souhaitable, pour clore le système de punition des comportements contre la femme, d'incorporer la particulière intention recherchée par l'auteur. N'oublions pas qu'elle représente le véritable point d'inflexion et c'est ce qui dépasse les critiques qui consistent à dire que lorsque c'est l'homme qui adopte ce comportement, c'est un délit et lorsque c'est la femme, c'est une contravention. Ce n'es pas vrai, ce sera un délit lorsque la menace ou la contrainte auront lieu dans l'intention de favoriser...

Possible rédaction :

Article 29.- Protection contre les menaces. Deux paragraphes sont ajoutés, numérotés 4 et 5, à l'article 171 du Code Pénal, et qui seront rédigé de la manière suivante :

4. Celui qui dans l'intention de FAVORISER la discrimination, l'inégalité et les relations de pouvoir des hommes par rapport aux femmes, menacerait de manière légère son ex-épouse ou son épouse, ou toute femme ayant ou ayant eu une relation avec celui-ci par une relation d'affection réciproque, même sans communauté de vie, sera puni par une peine de prison de 6 mois à un an ou par des travaux au bénéfice de la communauté allant de trente et un à quatre-vingt jours et, dans tous les cas, sera privé du droit à la détention et au port d'armes pendant un an et un jour à trois ans, ainsi que lorsque le Juge ou le Tribunal l'estime adéquate dans l'intérêt du mineur ou de la personne d'une particulière vulnérabilité, l'inhabilitation spéciale pour l'exercice de l'autorité parentale, de la tutelle, de la curatelle, de la garde ou d'accueil allant jusqu'à cinq ans. Néanmoins, ce qui est prévu dans le paragraphe précédent, le Juge ou le Tribunal, en l'argumentant dans la décision judiciaire, compte tenu des circonstances



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

personnelles de l'auteur et le concours de circonstance dans la réalisation du fait, pourra imposer la peine inférieure en degré.

5.- Celui qui dans l'intention de FAVORISER la discrimination, l'inégalité et les relations de pouvoir des hommes par rapport aux femmes, menacerait légèrement, avec une arme ou autres instruments dangereux, l'une des personnes auxquelles fait référence l'article 173.2, excepté celles visées par l'alinéa précédent, sera puni par la peine de prison de trois mois à un an, ou à des travaux au bénéfice de la communauté allant de trente et un à quatre-vingt jours et, dans tous les cas, par une privation du droit à la détention et au port d'armes pendant un an à trois ans, ainsi que lorsque le Juge ou le Tribunal l'estime adéquate dans l'intérêt du mineur ou de la personne d'une particulière vulnérabilité, à l'interdiction spéciale pour l'exercice de l'autorité parentale, de la tutelle, de la curatelle, de la garde ou d'accueil pour une période allant de six mois à cinq ans. Les peines seront augmentées de moitié lorsque le délit est commis en présence de mineurs, ou a lieu dans le domicile commun ou dans le domicile de la victime, ou lorsqu'il est commis avec violation d'une des peines visées par l'article 48 de ce Code ou d'une mesure conservatoire ou de sécurité de même nature.

Article 30.- Protection contre les contraintes. Le contenu actuel de l'article 172 du Code Pénal reste numéroté comme alinéa 1 et un 2^{ème} alinéa est ajouté à cet article avec la rédaction suivante : « 2. **Celui qui dans l'intention de FAVORISER la discrimination, l'inégalité et les relations de pouvoir des hommes par rapport aux femmes**, contraint de manière légère son ex-épouse ou son épouse, ou toute femme ayant ou ayant eu une relation avec celui-ci par une relation d'affection réciproque, même sans communauté de vie, sera puni par une peine de prison de 6 mois à un an ou par des travaux au bénéfice de la communauté allant de



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

trente et un à quatre-vingt jours, ainsi que lorsque le Juge ou le Tribunal l'estime adéquat dans l'intérêt du mineur ou de la personne d'une particulière vulnérabilité, à l'inhabilitation spéciale pour l'exercice de l'autorité parentale, de la tutelle, de la curatelle, de la garde ou d'accueil allant jusqu'à cinq ans. Néanmoins, ce qui est prévu dans le paragraphe précédent, le Juge ou le Tribunal, en l'argumentant dans la décision judiciaire, compte tenu des circonstances personnelles de l'auteur et le concours de circonstance dans la réalisation du fait, pourra imposer la peine inférieure en degré.

Dixième Disposition Finale.- Modification du Code Pénal. Un. L'article 148 du Code Pénal est modifié et il est rédigé de la manière suivante : « Les lésions prévues dans l'alinéa 1 de l'article précédent pourront être punies par des peines de prison de deux à cinq ans, en tenant compte du résultat causé ou du risque produit : 1^{er} Si lors de l'agression des armes ont été utilisées, des instruments, des objets, des moyens, des méthodes ou des manières concrètement dangereux pour la vie ou la santé physique ou psychique, de la personne lésée. 2^{ème} S'il a usé d'acharnement. 3^{ème} Si la victime est mineure de moins de douze ans ou une personne d'une particulière vulnérabilité. **4^{ème} Si les lésions ont été causées dans l'intention de favoriser la discrimination, l'inégalité ou les relations de pouvoir des hommes par rapport aux femmes,** et la victime était l'épouse ou l'ex-épouse, ou toute femme ayant ou ayant eu une relation d'affection réciproque avec celui-ci, même sans communauté de vie ».

6.- Protection judiciaire

En ce qui concerne le point tellement critiqué dans le rapport, concernant la création de Tribunaux de Violence contre la femme, ce qui est



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

exposé dans les feuillets 52 à 59 crée un étonnement, dont le contenu est aussi bien exhaustif que maladroit, l'argumentation est mensongère et, bien sûr, cela n'a pas été mentionné à d'autres occasions. On affirme ainsi que 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 et critique âprement l'Avant-projet « parce qu'il va au-delà de l'attribution à l'organe pénal dénommé Tribunal de violence domestique contre la femme, de matières propres à l'ordre juridictionnel civil, non pas à caractère préjudiciable, mais principal », ce qu'il qualifie de mélange de juridictions. Cette information n'est pas moins déconcertante que les précédentes. Il existe dans la Procédure Pénale, depuis le XIXe siècle, une accumulation hétérogène de procédures –la civile et la pénale- au nom d'une protection efficace de la victime. Cette accumulation hétérogène se produit *ope legis*, l'article 112 de la Loi de Procédure Criminelle stipule ainsi que « La procédure pénale exercée seule, on considèrera que la procédure civile aura également été utilisée, à moins que la personne endommagée ou lésée y renonce ou la réserve expressément pour l'exercer après que la procédure criminelle soit terminée, le cas échéant » ; l'article 110 du même texte légal permet aux « personnes lésées par un délit ou une contravention, d'intervenir à l'instance et d'exercer les procédures civiles et pénales opportunes, à sa convenance ». D'autre part, Il ne semble pas, que, si au nom de la protection de la victime, le législateur devait accumuler à la procédure pénale d'autres procédures civiles, cela mérite un reproche spécial, compte tenu des antécédents du XIXe siècle, qui se sont soigneusement camouflés dans le rapport.

La personne qui rédige cela méconnaît si, à l'occasion du rapport dressé par le Conseil sur la Loi sur les Faillites, le sujet que l'on va drôlement appeler mélange de juridictions a été débattu. Bien entendu si un



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

débat a déjà existé, cela ne s'est pas reflété dans le rapport, étant donné que le succès de l'initiative législative est évident. La loi 8/2003, du 9 juillet, modifie la Loi Organique relative au Pouvoir Judiciaire et dans le sujet dont il est ici question, dans le nouvel article 86 ter., elle confère aux Tribunaux de commerce, la compétence pour « connaître des actions sociales ayant pour objet l'extinction, la modification ou la suspension collective des contrats de travail pour lesquels l'employeur est la personne soumise à la procédure, ainsi que la suspension ou l'extinction de contrats de haute direction, sans préjudice que lorsque ces mesures supposent la modification des conditions établies dans la convention collective applicable à ces contrats, on demandera l'accord des représentants des travailleurs. Dans le jugement de ces matières, et sans préjudice de l'application des normes spécifiques de la Loi sur les Faillites, on devra tenir compte des principes inspirateurs de l'ordonnancement normatif statutaire et de la procédure suivie devant les prud'hommes ». Le mélange se poursuit dans l'article 197.7 de la Loi sur les Faillites du 9 juillet 2003, qui stipule que « contre la décision qui résout des incidents de faillites relatifs à la procédure d'actions sociales, dont la connaissance correspond au Juge des Faillites, il y a une voie de recours ouverte de pourvoi en appel et d'autres recours prévus par la Loi de Procédure du Travail, sans qu'aucun de ceux-ci n'aient d'effets suspensifs sur l'instruction de la faillite, ni sur aucune de ses pièces ». D'autre part, en poursuivant avec la confluence de juridictions, la Quinzième Disposition Finale de la Loi sur les Faillites mentionnée, réforme le texte refondu de la Loi de Procédure du Travail, approuvé par le Décret Royal Législatif 2/95, du 7 avril, dans l'alinéa 1 de l'article 188, dont la rédaction est la suivante : « les Chambres sociales des Tribunaux Supérieurs de Justice connaîtront des pourvois en appel interposés contre les décisions de justice dictées par les Conseils des Prud'hommes de leur circonscription, ainsi que contre les Jugements et les Décisions pouvant être dictés par les juges commerciaux qui se trouvent dans leur circonscription et qui touchent au droit du travail et



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

un paragraphe 5 est ajouté à l'article 189 avec la rédaction suivante : « Les Jugements et les Décisions dictés par les juges Commerciaux dans la procédure de faillites et qui résolvent des questions de l'ordre du travail ».

Le Titre V de la Loi contient un ensemble de prescriptions, la plupart d'entre elles étant d'ordre processuel, qui, en changeant les critères traditionnels concernant la compétence du « Juge naturel », les modifie afin de compenser les difficultés d'ordre social et culturel dont, quant à l'exercice du droit Fondamental à la protection judiciaire effective, souffrent fréquemment les femmes qui ont été victimes de comportements violents.

Les principales modifications que la Loi mentionnée introduit à cet effet, sont au nombre de quatre :

- Création d'une « juridiction » spéciale régie par ses propres règles de compétence (article 33).
- Modification des règles de compétence objective conférant à cette nouvelle « juridiction spéciale » un vis atractiva pour les procédures civiles pour lesquelles se produit une connexité déterminée (article 38).
- Modification des règles traditionnelles de compétence territoriale (article 39).
- Établissement d'un ensemble de mesures judiciaires de protection et de sécurité des victimes (articles 41/49).

Étant donné que cet ensemble de mesures représente, comme il a déjà été mentionné, une modification des critères traditionnels en relation à l'exercice d'un Droit Fondamental, le Droit à la Protection Judiciaire effective, il conviendrait d'analyser préalablement dans quelle mesure de telles prévisions normatives représentent une discrimination défendue par



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

l'article 14 de la Constitution, ou, au contraire, si elles sont parfaitement en accord avec la Constitution. À ce sujet, nous avons déjà eu l'occasion de dire comment, le fait que ce qu'on prétend c'est lutter contre une réalité sociale inégale, étant indéniable, protéger le plus efficacement possible la dignité de la femme en ayant recours à des mécanismes garantissant la meilleure protection judiciaire effective, en partant du fait qu'il existe des inégalités de départ, justifie, conformément à la doctrine constitutionnelle déjà citée, les modifications auxquelles nous avons fait référence.

Le prélegislateur part de l'idée de créer des tribunaux spécialisés de violence contre la femme, de la même manière qu'il y en a déjà pour la famille, les mineurs, ou d'application des peines. Il ne s'agit pas de créer un nouvel ordre juridictionnel ou une branche de l'ordonnancement, on a opté pour inclure au sein de l'ordre pénal, une spécialisation qui obéit à une nécessité sociale particulière et qui attire les compétences civiles. Indépendamment de la dénomination, selon ce qui est stipulé par les conventions internationales citées et par les données dont on dispose à travers les statistiques judiciaires obtenues et analysées par l'Observatoire contre la violence domestique et de genre, on estime nécessaire de créer ces organes, au moins là où le nombre d'affaires le conseille, et sans préjudice de la reconversion de certains tribunaux d'instruction ou le fait d'assumer les compétences des nouveaux organes par des tribunaux déjà existants, en les rendant compatibles avec les leur, une distribution qui devra se faire ultérieurement en fonction des données dont on dispose, et en ayant déjà inclus dans le Mémoire Économique joint à l'Avant-projet, la prévision de 21 nouveaux tribunaux ainsi que les dotations pour l'adaptation de ceux qui existent déjà et dans lesquels il serait nécessaire de créer une équipe multidisciplinaire composée de psychologues, d'assistantes sociales, le nombre total de circonscriptions judiciaires nécessitant une adaptation s'élevant à 396.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Si ce que l'on prétend est une spécialisation plus importante des organes juridictionnels et, en même temps, que ceux qui sont compétents en matière de violence contre la femme réalisent un suivi complet de la problématique dans laquelle chaque femme se voit plongée, et finalement de la famille ou ceux qui cohabitent avec elle, il pourrait être nécessaire de projeter la spécialisation, ou au moins la prise en charge des compétences en la matière, par des Tribunaux Correctionnels déterminés, puisqu'en définitive un grand nombre d'affaires vont être instruites par ces derniers.

Dans l'article 33, on ajoute un nouvel article 87 ter à la Loi Organique relative au Pouvoir Judiciaire, pour attribuer la compétence pénale et civile aux tribunaux de violence contre la femme et sans préjudice de rappeler à nouveau les observations réalisées concernant l'article 1 de l'Avant-projet, il est nécessaire d'apporter une série de précisions. La première d'entre elles se réfère à l'inclusion dans le cadre des compétences, de certains délits qui, comme celui de la torture, techniquement, ne convient pas très bien dans la liste des délits inclus dans le précepte, en comprenant que l'Avant-projet veut faire référence au sens strict des délits contre l'intégrité morale uniquement et pas à tous ceux auxquels fait référence le Titre VII du Livre II du Code Pénal. Tous les délits commis avec violence ou intimidation ne conviennent pas non plus, puisque la question se pose de savoir quelle relation peuvent avoir avec l'objet de la Loi, les délits comprenant de la violence ou de l'intimidation, tels que les délits contre les citoyens étrangers, la réalisation arbitraire du propre droit, le vol avec violence ou intimidation, l'extorsion, les détentions illégales, les délits contre la liberté de conscience, les sentiments religieux et le respect des défunts.

On suggère la convenance d'inclure parmi les compétences des Juges de Violence contre la Femme, l'instruction des procédures pour



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

exiger la responsabilité pénale pour les délits commis contre les enfants de la victime, soit de manière directe ou indirecte et lorsqu'ils gardent une connexité avec la situation de la mère, puisqu'il n'y a aucun doute que les enfants sont fréquemment utilisés comme instrument de violence contre la femme, sans préjudice de la maltraitance psychologique qu'ils subissent dans tous les cas, étant donné qu'une telle forme de violence va conditionner le développement ultérieur de la femme et de ses enfants, pouvant parfois être la cause de la perpétuation de la violence au sein de la famille.

La compétence de l'instruction de tout type de délits devrait également être incluse parmi les compétences du Juges de Violence contre la femme, au sein du propre cadre, défini dans l'article 1 de l'avant-projet, et en marge de l'observation faite au sujet de l'élément intentionnel qu'il introduit et conformément à ce qui est mentionné dans l'exposé des motifs, également ceux qui se produisent dans la vie publique et pas seulement dans la vie privée, comme on pourrait le penser dans une interprétation stricte de l'article 87 ter. 1 a) LOPJ qui est introduit à l'article 33 de l'avant-projet.

On doit améliorer la technique législative de l'alinéa 2 de l'article 87 ter de la LOPJ, dans lequel on utilise l'expression « *pourront connaître dans l'ordre civil* » puisqu'il semble qu'on laisse l'option aux juges et aux tribunaux de décider de la connaissance réelle et effective des affaires qui sont énumérées par la suite. On doit réfléchir attentivement pour savoir si toutes les affaires énumérées, à contenu civil évident, doivent toujours relever de la compétence des juges de violence contre la femme, puisqu'alors que dans certaines affaires il est facile de penser qu'un comportement violent a une transcendance spéciale comme il peut arriver dans les cas de séparation et de divorce ou dans les disputes sur l'exercice de l'autorité



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

parentale et la tutelle et la garde des enfants, d'autres restent très éloignées et n'ont rien à voir avec la violence. On peut ainsi généralement débattre de la prise en charge des compétences en matière de filiation, de la maternité et de la paternité, de la reconnaissance d'efficacité civile des jugements et des décisions ecclésiastiques en matière matrimoniale et celles qui portent sur la nécessité de consentement dans l'adoption des lettres b), d) et h) de l'article ter.2, et on considère extrêmement imprécise la référence dans la lettre f) aux « *mesures à transcendance familiale* ».

Dans l'alinéa 3 de l'article 87 ter., on établit les conditions qui doivent être réunies pour que le juge de violence contre la femme assume les compétences d'ordre civil. Le précepte est cependant considéré incomplet étant donné qu'aucune prévision n'est établie quant à ce qui se passerait si la dénonciation ou la plainte n'était pas recevable, si une ordonnance de non-lieu était dictée ou si la procédure se terminait tout autrement.

Enfin, le paragraphe 4 prévoit que le juge n'admette pas la prétention, en l'habilitant à l'organe judiciaire compétent lorsque « *de manière notoire* », les actes ne constituent pas d'expression de violence contre la femme, dans une formule tellement générique et éthérée que, si on la met en rapport avec l'article 1 de l'Avant-projet, il est difficile de déterminer les règles de compétence, puisqu'à plusieurs occasions, il ne sera pas facile de déterminer jusqu'à quel point la violence est utilisée comme instrument pour maintenir la discrimination, l'inégalité et les relations de pouvoir des hommes par rapport aux femmes ou que le principal facteur de risque soit constitué par le fait d'être femme.

En ce qui concerne les articles 34 et 35, en matière de recours, on doit comprendre que dans les Cours d'Assise dans lesquelles il existe une



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

section mixte unique, celle-ci sera la section compétente dans tous les cas pour connaître des recours.

On a déjà eu l'occasion de parler dans les considérations générales concernant l'opportunité de l'Avant-projet de Loi organique, de l'importance qu'a la formation spécifique sur l'égalité et la non discrimination, une formation qui indubitablement, a déjà été menée à bien pour les juges et les magistrats à travers les programmes de l'École Judiciaire et de Formation Continue, puisqu'il est prévu que les plans obligatoires de formation continue, aient pour objet une meilleure formation des juges qui se spécialisent et l'étude des nouvelles lois promulguées, tout cela sans préjudice que les juges, les magistrats et les membres du Ministère Public ont toujours reçu une formation complète en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales et ils assument parfaitement les principes qui inspirent notre Constitution et les textes internationaux existants en la matière.

L'article 38 de l'Avant-projet introduit un nouvel article 49 bis à la Loi de Procédure Civile pour déterminer les critères de compétence objective pour les cas de violence contre la femme. Le précepte présente quelques déficiences qu'il conviendrait d'améliorer dans le texte définitif. Entre autres considérations, nous devons rappeler que la procédure civile a radicalement changé dans la nouvelle Loi 1/2000 de Procédure Civile, régissant les principes d'oralité et de concentration et d'immédiation. Cela détermine, indépendamment de la réglementation concrète des questions de compétence, le fait qu'il soit difficile d'articuler un système processuel cohérent par lequel le juge requis devra s'inhiber en faveur du juge de violence contre la femme « *en transmettant les dossiers judiciaires en l'état* », puisque si la phase de procédure orale a déjà débuté, les principes mentionnés précédemment imposent que ce soit le même juge qui connaît



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

du jugement qui doit dicter la décision et pour cela, on doit mettre en place une limite temporelle à cette obligation de transmission des dossiers judiciaires.

Dans le second alinéa du même article, on prévoit la tenue d'une comparution devant le juge ou le Tribunal connaissant de la procédure civile afin que le Ministère Public prenne connaissance des données éminentes concernant les faits violents, comparution durant laquelle le juge n'a pas plus d'interventions que de la convoquer et de la diriger, sans qu'à la fin de celle-ci il ne prenne aucune décision. Pour cette raison, on suggère la possibilité que la comparution se tienne directement devant le propre Ministère Fiscal afin qu'il décide s'il doit présenter ou non la plainte correspondante, indépendamment du fait que la décision soit immédiate ou si l'on lui laisse un délai de 24 heures de réflexion et d'étude pour l'interposer comme l'indique l'avant-projet, comparution qui se tiendrait en se basant sur l'attestation des procédures émises par le juge qui connaissait de la procédure civile. Dans tous les cas, l'intervention du Ministère Public ne doit pas être un obstacle pour que les parties victimes du comportement violent interjettent la dénonciation correspondante ou pour que le juge d'office puisse présenter le témoignage pertinent.

Concernant le troisième alinéa, nous devons réitérer l'observation faite antérieurement par rapport à la tenue de la procédure orale.

Le quatrième alinéa peut donner lieu à certains problèmes, puisque bien qu'il soit sûr que d'un certain point de vue, il est recommandé de ne pas retarder la transmission des dossiers judiciaires au moment de présenter les plaidoiries orales des parties et du Ministère Public, d'autre part, il existera logiquement toujours le droit de discuter la compétence objective en interjetant appel contre la décision définitive qui sera dictée, et



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

si l'incompétence invoquée est prise en considération, il faudrait à nouveau commencer une procédure avec un retard encore plus important dans les démarches. Par conséquent, il faudrait étudier la possibilité de laisser en vigueur, également dans ces cas là, l'article 48.3 de la LPC ou, simplement, réduire le délai commun de 10 jours pour les allégations ou pour entendre les parties lors d'une comparution à tenue immédiate.

On suggère la convenance que dans les cas, d'ailleurs fréquents, dans lesquels il y a des poursuites entrecroisées, c'est-à-dire , le conjoint ou la personne liée à la femme par une relation d'affection réciproque, avec ou sans communauté de vie, interjette une dénonciation contre la femme et ensuite elle en interjette une autre contre ce même homme, c'est toujours le même Juge de Violence contre la femme qui assume la compétence, tout autre juge connaissant de cette procédure devant s'inhiber, le cas échéant.

En tout état de cause, on devrait analyser la convenance de procéder à une étude et, le cas échéant, de modifier la rédaction des articles 5 de la LPCrim et 40 de la LPC en relation avec la préjudiciabilité, afin de les adapter à la nouvelle réglementation et éviter des dysfonctionnements.

Dans l'article 39, un nouvel article 15 bis est ajouté à la Loi de Procédure Criminelle, attribuant la compétence territoriale pour les délits et contraventions spéciaux, au juge du lieu du domicile de la victime, sans préjudice de l'adoption de l'ordre de protection ou de mesures urgentes de l'article 13 de la même loi, qui pourraient être adoptés par le juge du lieu de la commission des faits. Cette dernière partie du précepte pourrait être complétée en ajoutant « *qui agit en service de permanence et sans préjudice de la transmission des dossiers judiciaires au juge de violence contre la femme* ». Mais la principale observation qui peut être faite à propos du précepte est qu'il modifie le principe général du « forum delicti comisii »



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

en faveur de la compétence du lieu du domicile de la victime, ce qui, en principe, favorise notablement celle-ci et permet le suivi de tous les problèmes de violence par un même juge proche. Cependant, des problèmes peuvent se poser en mettant en rapport ce précepte avec le nouvel article 17 bis de la LPCrim. introduit par l'article 40 de l'Avant-projet et qui fait référence à la compétence par connexité. Pensons à la commission d'un délit de violence contre une femme ayant changé de domicile, comme conséquence de l'exécution d'une décision dictée par le juge de violence contre la femme, dans une procédure pénale ou civile préalable. Dans ces cas, et en assurant l'esprit et l'objectif de la Loi, il semble raisonnable que ce soit le même juge connaissant de l'ensemble du problème, qui instruit le nouveau délit et, néanmoins, nous ne sommes en présence d'aucune des hypothèses prévues dans les numéros 3 et 4 de l'actuel article 17 de la LPCrim. et l'unique possibilité d'arriver à la connexité est de considéré comme applicable le point cinq du même article 17, bien que cela se fasse toujours de manière un tant soit peu forcée.

Quant aux mesures judiciaires de protection et de sécurité des victimes, on estime qu'il pourrait être approprié, en faveur de l'unité et de l'intégrité de l'ordonnancement juridique, de procéder à la modification des lois processuelles dans lesquelles on devrait inclure toutes les nouvelles mesures de protection et de sécurité. Ainsi, l'article 41 doit être mis en relation avec les mesures prévues par les articles 13 et 544 bis de la L.P.Criminelle, ou avec les mesures de sécurité de l'article 105 du Code Pénal. L'article 42 nécessiterait un développement plus important et il doit toujours être compris en fonction de ce qui stipulé par l'article 1 de l'Avant-projet.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

L'article 43 pose des problèmes plus importants, en assumant, dans la mesure du possible, le fait qu'il faille protéger l'intimité des victimes, en particulier leur données personnelles, leurs descendants et toute autre personne qui serait sous leur tutelle ou leur garde. La règle générale veut que les audiences se déroulent publiquement, sans préjudice qu'exceptionnellement, et après motivation du Juge ou du Tribunal d'office ou à la demande de la partie, il soit accordé qu'elles se déroulent à huis clos et ceci indépendamment du fait que celles-ci soient civiles ou pénales et sans préjudice que la victime-témoin puisse se voir protégé par la loi 19/1994 de Protection des Témoins et tout cela, pour la pleine exécution de ce qui est stipulé par l'article 120 de la Constitution.

On évalue positivement les mesures prévues dans les articles suivants. La nécessité qu'elles soient toujours adoptées moyennant une ordonnance motivée dans laquelle on apprécie leur proportionnalité et leur nécessité, mais concrètement dans les mesures prévues dans les articles 45 et 46, on doit plus particulièrement insister sur le fait qu'il faut toujours assurer de préférence l'intérêt du mineur. En effet, ces préceptes font référence, de manière sommaire, aux mesures de suspension de l'autorité parentale, de la garde des mineurs et de la suspension du régime de visites. Et ceci à la suite des mesures de sortie du domicile, d'éloignement ou de suspension des communications (article 44) et avant les mesures de suspension du droit à la détention, au port et à l'usage d'armes et ceci mérite effectivement une critique parce que la protection des victimes en elle-même ne peut jamais être déterminante de la suspension ou de la privation de l'autorité parentale sur les enfants et ceci, malgré que les conflits à ce sujet soient un facteur criminogène et de risque pour la femme, en définitive, même si les enfants sont utilisés comme arme de jet. Tout cela sans préjudice de l'adoption des mesures nécessaires pour que les progéniteurs exercent leurs droits sans qu'il n'existe aucun risque pour la



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

femme victime. Ici les droits du progéniteur, de l'enfant et de la femme victime de violence rivalisent, sans que ceux de cette dernière ne prévalent. La Convention des Nations Unies pour les Droits de l'Enfants impose aux États Membres, et l'Espagne en fait partie, de « veiller à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur volonté, sauf lorsque, à la réserve de la révision judiciaire, les Autorités compétentes déterminent, conformément à la Loi et aux procédures applicables, qu'une telle séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une telle détermination peut être nécessaire dans des cas particuliers, par exemple, dans les cas où l'enfant fait l'objet de maltraitance ou de négligence de la part de ses parents ou lorsque ceux-ci vivent séparés et qu'une décision doit être adoptée concernant le lieu de résidence de l'enfant » (article 9.1). Dans l'article 3 alinéa 2, il est dit, les « États Membres se compromettent à assurer à l'enfant la protection et l'attention nécessaire à son bien-être, en tenant compte des droits et des devoirs de ses parents, tuteurs ou autres personnes responsables de celui-là devant la Loi, et à cette fin ils prendront les mesures législatives et administratives opportunes ». Le même précepte dispose que « toutes les mesures concernant les enfants, prises par les institutions publiques ou privées de bien-être social, les tribunaux, les autorités administratives, devront tenir compte d'une considération primordiale qui sera l'intérêt supérieur de l'enfant ». « Les États Membres respecteront le droit de l'enfant, séparé de l'un ou des deux progéniteurs, à maintenir des relations personnelles et un contact direct avec les deux parents de manière régulière, excepté si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

Il ne faut pas oublier la jurisprudence du Tribunal Européen des Droits de l'Homme et son interprétation de l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, particulièrement significatives dans les Décisions 23-9-94, 7-8-96, 11-7-200,



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

13-7-200, 17-12-2002, 14-1-2003, et autant d'autres décisions importantes pour la protection du droit de visites des progéniteurs.

Concernant l'article 48, il conviendrait peut-être de permettre, qu'exceptionnellement et pour des raisons d'urgence, le juge adopte l'une des mesures prévues inaudita parte, lorsque des raisons d'urgences le recommandent, sans préjudice qu'ultérieurement, elles puissent être ratifiées en garantissant les principes de contradiction, d'audience et de défense ou qu'elles soient frappées d'appel.

De manière générale, on évalue positivement l'introduction de l'article 18 quater dans le Statut Organique du Ministère Public afin de doter celui-ci de mesures plus efficaces pour la lutte contre cette forme de violence.

7.- Mutilation génitale féminine

La mutilation génitale féminine est une manifestation supérieure à la violence, de mépris envers l'être humain, qui implique la réduction d'une personne à la condition d'objet, de ballot, de simple chose, son annulation en tant que personne libre, en définitive, de sa dignité en tant que personne.

Ces pratiques exécrables qui à une autre époque se produisaient dans d'autres Pays (et continuent de se produire), sont entrées dans notre pays suite aux flux migratoires et il est nécessaire de les combattre avec des mesures préventives et d'intervention sociale en faveur des victimes, avec des dispositions encourageant les enquêtes et avec les nouveautés législatives nécessaires, avec des programmes d'éducation et d'information exposant clairement aux Communautés touchées les conséquences que ces faits ont sur la santé physique et psychique des victimes, ainsi que le



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

résultat afflictif que cela peut avoir pour les auteurs de faits tellement exécrables.

La poursuite pénale est un instrument convenable mais il a eu peu de succès dans notre Pays, on ne connaît aucune décision pénale condamnatoire malgré l'existence d'une catégorie pénale (article 149 CP) à laquelle, déjà depuis le XIXe siècle, de tels comportements correspondaient parfaitement et, par conséquent, sans que le nouveau paragraphe introduit par la Loi 11/2003 de réforme du Code Pénal qui crée une catégorie spécifique, ne soit indispensable pour la poursuite de tels comportements. Néanmoins, la réforme est la bienvenue.

Il existe certainement des difficultés d'enquête et de preuve étant donné que les mutilations sont réalisées par des rebouteux de la même Communauté ou bien venus de l'étranger et par la terrible loi du silence. Cependant, il ne faut jamais oublier que plus on enquête, plus on en sait et que le succès des enquêtes est proportionnel au zèle que l'on y met.

D'autre part, la poursuite en Espagne, des mutilations réalisées à l'étranger pendant un « voyage de vacances », présente des difficultés techniques en vertu du principe de la territorialité de la loi pénale, bien qu'il faille affirmer la compétence des Tribunaux espagnols lorsqu'il est démontré que des actes déterminés de gestation, de promotion ou de favorisation du délit ont eu lieu en Espagne. Les opinions contradictoires entraînent une impunité et il faut combler les lacunes et cautionner le principe de sécurité juridique et à cette fin, il est nécessaire de suppléer l'oubli du législateur par une réforme de l'article 23 de la loi organique relative au pouvoir judiciaire, en incluant la mutilation génitale dans la liste des délits qui selon le principe d'universalité, peuvent être poursuivis par les tribunaux espagnols



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

indépendamment à la nationalité des auteurs et du pays dans lequel le délit a été commis.

8.- Dispositions additionnelles

La première des dispositions additionnelles a pour titre « pension de veuvage », lorsque le second paragraphe ne se réfère pas réellement à la pension de veuvage dans le sens strict, mais aux aides prévues par la Loi 35/1995 du 11 décembre, d'Aides et d'Assistance aux victimes de délits violents et contre la liberté sexuelle. Le précepte, en faisant allusion au condamné, ne précise pas si la condamnation doit être ferme, en devant tenir compte du principe de présomption d'innocence et, d'autre part, on suggère d'évaluer jusqu'à quel point le condamné devrait être privé de la pension de veuvage pour la commission d'un délit de lésions, puisque la perte de la pension n'est pas une sanction et elle peut enfreindre le principe de proportionnalité si nous tenons compte du fait qu'actuellement, toute lésion, aussi légère soit-elle, causée dans le cadre de cette loi, est un délit. En outre, des mécanismes devraient s'articuler pour que le simple prévenu ou l'accusé se voit suspendre le droit d'obtenir une pension de veuvage pendant l'instruction de l'affaire et jusqu'à ce qu'une décision ferme soit dictée. Si celle-ci était absolutoire, la pension devra être versée avec les retards correspondant à la partie non perçue. Si ce n'est pas le cas, la pension de veuvage pourrait être sollicitée et obtenue, en la percevant chaque mois jusqu'à ce qu'une décision condamnatrice soit dictée. Un difficile problème se pose alors : celui de savoir si la pension obtenue a déjà été consolidée pour être considérée comme ayant été perçue depuis le moment du fait en cause, ou si, au contraire, l'efficacité de la condamnation ferme, comme cause de la perte de la pension rétroagit sur le moment des faits, et dans ce cas, la Sécurité Sociale aurait le droit d'intenter une action



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

de remboursement des prestations indues. On doit tenir compte des possibles répercussions que pourrait avoir le non paiement de la pension, sur les enfants du possible bénéficiaire, le cas échéant. À ce sujet, il faut tenir compte de l'arrêt du 2 décembre 1998 de la Direction Générale d'Ordonnement de la Sécurité Sociale, sur la possibilité de reconnaître aux mineurs la condition d'orphelins absolus, lorsque le progéniteur survivant a été déclaré coupable de la mort de l'ayant-cause et n'a pas le droit à la pension de veuvage.

Quant à la seconde disposition additionnelle, il conviendrait de prévoir l'organisation de services psycho-sociaux et multidisciplinaires ; et concernant la troisième, nous renvoyons à l'observation effectuée lors du commentaire de l'article 31.

Pour maintenir la cohérence interne des lois processuelles, il faudrait procéder à la réforme de celles-ci dans tous les préceptes auxquels il est nécessaire de faire allusion aux juges de violence contre la femme, au lieu de la prévision contenue dans la cinquième disposition additionnelle. Enfin, il faut comprendre que le renvoi que fait la septième disposition additionnelle à l'article 13 de l'Avant-projet, doit être fait à l'article 14.

9.- Dispositions Transitoires

En partageant les critères établis dans la première et la seconde disposition transitoire, on observe le manque de prévision concernant les procédures civiles ou pénales qui se trouvent en exécution.



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

10.- Dispositions Finales.

Dans la huitième disposition finale, et conformément à ce qui a déjà été dit lors du commentaire de l'article 32, on devrait penser à la possibilité d'inclure dans la Loi Organique relative au Pouvoir Judiciaire, la référence aux Tribunaux Correctionnels spécialisés dans la violence contre la femme, si la création de ces derniers avec une compétence exclusive était estimée nécessaire ou, le cas échéant, attribuer à l'un de ceux déjà existants, la compétence en matière de violence contre la femme.

Dans la modification de l'article 14 de la LPCrim., selon ce qui est stipulé dans la douzième disposition finale, il ne semble pas opportun d'attribuer aux Juges de Paix la compétence pour connaître des procédures orales pour les comportements typifiés dans l'article 620.1 et 2 du Code Pénal, étant donné que nous nous trouvons, dans tous les cas, en présence de contraventions contre les personnes qui, en particulier dans la référence qui leur est faite dans le premier alinéa, ont une transcendance spéciale puisqu'ils touchent le droit à l'intégrité et à la liberté. Quant au second alinéa de la même douzième disposition finale, il serait préférable de procéder à la réforme du premier et du troisième paragraphe de l'article 544 ter de la LPCrim., afin d'éviter des confusions et pour donner de l'unité au système légal.

À Madrid, le 24 juin 2004

Signé. **Fernando Salinas Molina**

Signé. **Fco. Javier Martínez Lázaro**



CONSEIL GÉNÉRAL DU POUVOIR JUDICIAIRE

Signé. **Félix Pantoja García**

Signé. **M^a Angeles García García**

Signé. **Luis Aguiar de Luque**

Signé. **Montserrat Comas D'Argemir i Cendra**

Signé. **Juan Carlos Campo Moreno**