

**CIRCULAR N° 4 /2005**

**RELATIVA A LOS CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE  
MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE  
GÉNERO.**

## CIRCULAR Nº 4 /2005

### RELATIVA A LOS CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

#### ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	1
II.	LA NOVEDOSA LEY ORGANICA DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.....	5
III.	OBJETO DE LA LO 1/2004. EL ARTÍCULO PRIMERO.....	8
	III.A.- Ámbito de aplicación.....	9
	III.B.- Formas de manifestación de la Violencia de Género.....	14
	III.C.- Bienes jurídicos objeto de protección.....	16
	III.D.- Función interpretativa.....	19
IV.	TUTELA PENAL.....	21
	IV.A - El nuevo art. 153 CP.....	23
	IV.B - Los nuevos tipos cualificados de lesiones.....	31
	IV.C - La nueva regulación del delito de amenazas.....	32
	IV.D - La nueva regulación del delito de coacciones.....	34
	IV.E - Aplicación residual del art. 620 CP.....	36
	IV.F - La nueva regulación del delito de quebrantamiento de condena.....	37
	IV.G - Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.....	38
	IV.H - Sustitución de penas.....	40
V.	TUTELA JUDICIAL.....	41

V.A.-	Antecedentes.....	41
V.B.-	El principio de especialización.....	43
V.C.-	Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Reformas orgánicas.....	44
VI.	COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER.....	47
VI.A.-	Competencia en el orden penal.....	47
VI.A.1.	Competencia objetiva y funcional.....	47
VI.A.1.a).	Competencia por razón de la materia.....	49
VI.A.1.a).(1).	Catálogo de delitos.....	49
VI.A.1.a).(2).	Otros delitos violentos.....	50
VI.A.1.a).(3).	Delitos contra los derechos y deberes familiares.....	52
VI.A.1.a).(4).	Faltas de los títulos I y II del Libro III CP.....	54
VI.A.1.a).(5).	Orden de protección.....	57
VI.A.1.b).	Competencia por razón de las personas.....	60
VI.A.1.b).(1).	Sujeto pasivo. "Cuando también se haya producido un acto de violencia de género", otros sujetos pasivos, agresiones mutuas.....	61
VI.A.1.b).(2).	Sujeto activo.....	69
VI.A.2.	Inadmisión de la pretensión por parte del juez de violencia sobre la mujer cuando notoriamente los actos no son constitutivos de violencia de género.....	70
VI.A.3.	Conocimiento y fallo de las causas seguidas por el procedimiento de enjuiciamiento rápido.....	72
VI.A.4.	Actuación del juzgado de instrucción a prevención y por sustitución del juzgado de violencia sobre la mujer.....	75
VI.A.5.	Competencia territorial.....	77
VI.A.6.	Competencia por conexión. Referencia al delito de quebrantamiento de condena.....	80
VI.B.-	Competencia en el orden civil.....	85
VI.B.1.	Competencia objetiva.....	85
VI.B.1.a).	Marco general de competencia por razón de la materia.....	86
VI.B.1.b).	Presupuestos específicos de la competencia exclusiva.....	88
VI.B.2.	Pérdida de la competencia civil objetiva.....	91
VI.B.2.a).	Cuando existe un proceso penal iniciado o se ha dictado orden de protección. Art. 49 bis 1 LEC.....	91
VI.B.2.b).	Cuando no se haya iniciado proceso penal, ni dictado orden de protección, pese a la posible comisión de un acto de violencia sobre la mujer. Art. 49 bis 2 LEC.....	96
VI.B.2.c).	A requerimiento del juzgado de violencia sobre la mujer que esté conociendo de una causa penal. Art. 49 bis 3 LEC.....	100
VI.B.2.d).	Inhibición de los Juzgados de Primera Instancia o de Familia.....	101
VI.B.3.	Competencia funcional.....	103
VI.B.4.	Competencia territorial.....	103
VII.	JUZGADOS DE LO PENAL Y SECCIONES ESPECIALIZADAS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL.....	104
VII.A.-	Juzgados de lo Penal especializados.....	104
VII.B.-	Secciones especializadas de la Audiencia Provincial.....	105
VIII.	MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN Y DE SEGURIDAD DE LAS VÍCTIMAS.....	107
VIII.-A.	Introducción.....	107
VIII.-B.	Naturaleza jurídica.....	109

VIII.-C.	Compatibilidad.....	113
VIII.-D.	Legitimación activa.....	114
VIII.-E.	Garantías para su adopción.....	115
VIII.-F.	Pronunciamiento expreso en todo caso.....	120
VIII.-G.	Duración de las medidas.....	121
VIII.-H.	Elenco de Medidas.....	123
	VIII.-H.1. Orden de protección.....	123
	VIII.-H.2. Protección de datos y limitaciones de la publicidad.....	123
	VIII.-H.3. Medidas de salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones.....	128
	VIII.-H.4. Suspensión de la patria potestad o la custodia de menores.....	129
	VIII.-H.5. Suspensión del régimen de visitas.....	131
	VIII.-H.6. Suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas.....	132
IX.	DERECHO SUPLETORIO.....	132
X.	DERECHO TRANSITORIO.....	133
	X.-I Disposición Transitoria Primera.....	134
	X.-II Disposición Transitoria Segunda.....	135

ANEXO I. Instrumentos Internacionales

ANEXO II. Normativa autonómica.

## **I.-INTRODUCCIÓN. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA SOBRE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.**

La incidencia que el fenómeno de la violencia contra la mujer tiene en todas las sociedades, incluso en las más desarrolladas, ha motivado en las últimas décadas un rechazo colectivo en la comunidad internacional que ha venido acompañado de una prolífica actividad legislativa a nivel internacional, comunitario, estatal y autonómico en búsqueda de un tratamiento suficiente y eficaz de este tipo de criminalidad y de la efectividad real del principio de igualdad entre mujeres y hombres.

De la multitud de instrumentos internacionales dirigidos a la eliminación de la violencia contra la mujer adoptados tanto por Naciones Unidas como en el ámbito europeo, se dejan enunciados los más representativos en el Anexo I de esta Circular.

En nuestro país, al aliento de dichos compromisos y recomendaciones internacionales que propugnan la aplicación de políticas adecuadas que prevengan y persigan la violencia contra las mujeres, la erradicación de estos delitos se ha erigido en un objetivo de política criminal de primer orden, iniciándose una ofensiva legal en los últimos años decisivamente impulsada por los Planes contra la violencia doméstica aprobados por el Gobierno el 30 de abril de 1998 y el 11 de mayo de 2001 y el Plan de medidas urgentes de 7 de mayo de 2004 para la prevención de la violencia de género.

En este contexto, desde que la LO 3/1989 introdujese por primera vez en el artículo 425 del Código Penal un tipo penal específico para incriminar la violencia

intrafamiliar, con el declarado propósito de *responder a la deficiente protección de los miembros del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo*, muchas han sido las modificaciones sustantivas y procesales destinadas a aumentar la protección de las víctimas de los malos tratos. Exponentes de esa evolución legislativa son la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Código Penal, la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal en materia de Protección a las Víctimas de los Malos Tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre Procedimiento para el Enjuiciamiento Rápido e Inmediato de determinados Delitos y Faltas, la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros, la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de Prisión Provisional, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal, el RD 355/2004, de 5 de marzo sobre el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, y por último la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LOMPIVG o LO 1/2004).

También a nivel autonómico algunas Comunidades Autónomas, en el ejercicio del ámbito competencial que les es propio, han aprobado leyes -cuyo detalle se contempla en el Anexo II- que pretenden establecer, de forma integrada, un conjunto unitario de servicios y prestaciones de carácter social, educativo, sanitario y de seguridad.

La Disposición Final quinta LO 1/2004, consciente de la necesidad de armonizar la respuesta del ordenamiento jurídico, establece que el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias,

adaptarán su normativa a las previsiones contenidas en la presente Ley en el plazo de seis meses desde su aprobación.

Al acervo normativo anteriormente enunciado habría que añadir, además de otras eficaces actuaciones impulsadas desde la llamada sociedad civil, un nutrido bloque de iniciativas puestas en marcha por las Instituciones y Organismos implicados en la lucha contra este fenómeno delictivo, entre los que cabe reseñar el Protocolo para la implantación de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica de 31 de julio de 2003; el Protocolo de coordinación entre los órdenes jurisdiccionales penal y civil para la protección de las víctimas de violencia doméstica de 20 de enero de 2004, el Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la protección de las víctimas de la violencia doméstica y de género de 10 de junio de 2004, modificado el 8 de junio de 2005 a fin de adaptarlo a las exigencias de la LO 1/2004, o los Convenios de Colaboración suscritos en los primeros meses de 2005 entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y diversas Instituciones, entre ellas la Fiscalía General del Estado, para la implantación del programa de teleasistencia a las víctimas.

Para la Fiscalía General del Estado, conseguir la máxima eficacia en la erradicación y castigo de las conductas violentas que se cometen en el ámbito familiar y asegurar la más real y eficaz protección de las víctimas viene constituyendo una de sus prioridades en los últimos años como ponen de manifiesto, además de numerosas declaraciones institucionales, las sucesivas Circulares e Instrucciones que se han ido dictando sobre la materia. A parte de la pionera Instrucción 3/1988 sobre persecución de malos tratos ocasionados a personas desamparadas, deben citarse: la Circular 1/1998, de 24 de octubre, sobre intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar -en la que se introdujeron innovadoras iniciativas que posteriormente han tenido refrendo legal, tales como la creación de Servicios

Especializados y los Registros de violencia doméstica en cada Fiscalía territorial-, el Informe de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento jurisdiccional de los malos tratos familiares en el año 1999, la Circular 3/2003, de 18 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden protección, la Circular 4/2003, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica, la Instrucción 4/2004, de 14 de junio, acerca de la protección de las víctimas y el reforzamiento de las medidas cautelares en relación con los delitos de violencia doméstica, la Instrucción 2/2005, de 2 de marzo, sobre la acreditación por el Ministerio Fiscal de las situaciones de violencia de género y la Instrucción 7/2005 sobre las Secciones de Violencia contra la Mujer en las Fiscalías, a lo que habría que añadir el amplio y específico tratamiento de este tema en las Memorias Anuales o el Convenio suscrito con la Comunidad Autónoma de Andalucía en noviembre de 2004 para la creación de Fiscales especializados en violencia de género.

Todo lo anterior, constituye un entramado normativo sin parangón posible en otros ámbitos de la criminalidad, expresivo de la sentida responsabilidad social del legislador y de los demás agentes jurídicos y sociales implicados en la lucha contra tan alarmante fenómeno delictivo.

Si atendemos al proceso de iniciativas y reformas legales experimentado por nuestro ordenamiento jurídico, tanto a nivel estatal como autonómico, se imponen tres observaciones:

La primera, el constante reforzamiento de los mecanismos de protección penal, la segunda, la preocupación del legislador por diseñar una respuesta integral del sistema con medidas sociales, sanitarias y legales más acordes con la naturaleza multidisciplinar del fenómeno y la tercera, el tratamiento específico de la violencia ejercida contra la mujer desde una perspectiva de género.

Pues bien, todas estas características están presentes en la nueva LO 1/2004 hasta el punto de constituir elementos definitorios de la misma.

## **II.- LA NOVEDOSA LEY ORGANICA DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO**

La LO 1/2004 constituye un punto de inflexión en la regulación de la violencia en el ámbito de las relaciones afectivas en nuestro país, por cuanto sin abandonar el sistema de protección integral de las víctimas introducido por la Ley 27/2003, que refuerza, se decanta por el tratamiento específico y exclusivo de la violencia que se ejerce sobre la mujer con ocasión de las relaciones de pareja, al margen de otras manifestaciones de la violencia doméstica, rompiendo la tendencia expansiva que en torno a la determinación del círculo de sujetos pasivos se observaba en las reformas de nuestro ordenamiento jurídico desde las Leyes Orgánicas 10/1995 del Código Penal y 14/1999 de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de protección a las víctimas de los malos tratos (recuérdese que la LO 11/2003 amplía el círculo de sujetos pasivos incluso a otros ámbitos privados de dependencia además del estrictamente familiar).

Una doble motivación subyace en esta iniciativa legislativa:

Una, de carácter cuantitativo, vinculada a la magnitud del fenómeno de la violencia sobre la mujer en nuestro país. Efectivamente, los datos de carácter sociológico que ofrecen las estadísticas de violencia doméstica ponen de manifiesto la abrumadora mayoría de agresores masculinos. Según el Informe del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial de la actividad de los Órganos Judiciales sobre violencia doméstica correspondiente a 2004, las mujeres representan el 90,2% de las víctimas en el total de 99.111 denuncias presentadas ese año y el 94% de las víctimas amparadas por la concesión de

órdenes de protección del total de las 34.635 adoptadas desde la entrada en vigor de la Ley 27/2003. Igualmente significativo resulta el porcentaje de agresores masculinos que están o han estado vinculados en relación de pareja con la víctima. Según el Informe del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial sobre muertes violentas en el ámbito de la violencia doméstica y de género, en el año 2004 han muerto 100 personas por violencia doméstica: 84 mujeres y de ellas 69 en ámbito de pareja o ex pareja.

Otra, de carácter cualitativo, derivada de la constatación de que esta violencia degrada los valores en que han de apoyarse las relaciones afectivas y viola y menoscaba derechos constitucionales como la integridad física y moral, la libertad, la seguridad, la dignidad humana, la igualdad y no discriminación por razón de sexo.

La LO 1/2004, con sustento en el art. 9.2 CE que obliga a los poderes públicos a remover los obstáculos que impidan la efectividad de la igualdad, retoma el enfoque de género iniciado por la Proposición de Ley Integral contra la Violencia de Género de 21 de diciembre de 2001 y que, en nuestro país se encuentra presente, en una u otra medida, en la normativa de las Comunidades Autónomas anteriormente mencionada.

Como razona su Exposición de Motivos la LO 1/2004 pretende atender a las recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres y para ello aborda los distintos enfoques del problema, diseñando un tratamiento integral del fenómeno de la violencia contra la mujer (art. 2) que permita atajar todas y cada una de las causas que favorecen su aparición.

Dicho tratamiento integral, se articula sobre todo un sistema normativo comprensivo de medidas de sensibilización, prevención, detección e intervención

que alcanza a los ámbitos educativo, cultural, publicitario, sanitario, social, laboral, económico, institucional, penal, procesal y orgánico-judicial.

Tal batería de medidas pretende actuar desde la causa del problema, que hunde sus raíces en concepciones sociales de superioridad del hombre sobre la mujer, hasta la atención integral de las víctimas, pasando por el agravamiento de la respuesta punitiva frente a sus más frecuentes manifestaciones delictivas y la creación de nuevas instancias en el ámbito judicial y fiscal que posibiliten el tratamiento conjunto y especializado de los aspectos penales y civiles derivados de los conflictos de pareja.

Con esta Ley, por último, se persigue una importante función simbólica y pedagógica. Su aprobación unánime en el Parlamento pone de manifiesto que el problema de la violencia que específicamente se utiliza contra la mujer ha sido tomado en conciencia por el legislador. De hecho, el cambio cultural que precisa su erradicación no se confía a la potencial capacidad de estructuración de la sociedad que comporta toda norma jurídica y fundamentalmente las de carácter represivo, sino que se incide en el mismo mediante referencias expresas en el articulado a la necesidad de promover un cambio significativo del sustrato sociocultural que trivializa la discriminación y la violencia contra la mujer, al tiempo que transmite un mensaje de tolerancia cero frente a cualquier agresión en este ámbito.

## II

Llegados a este punto, resulta preciso efectuar dos precisiones:

La primera, impuesta por la naturaleza multidisciplinar de la LOMPIVG, para concretar que esta Circular abordará esencialmente aquellas cuestiones que pueda suscitar la interpretación y aplicación de las reformas introducidas en los

Títulos referidos a la Tutela Penal y Judicial, en cuanto parcelas propias de la actuación del Ministerio Fiscal, sin perjuicio de que en su desarrollo devengan imprescindibles determinadas referencias a otros ámbitos legales dado su carácter interdisciplinar. Y ello sin olvidar que la función encomendada al Ministerio Fiscal en los artículos 23, 26 y 27 de la Ley ya fue objeto de tratamiento en la Instrucción 2/2005 *sobre la acreditación por el Ministerio Fiscal de las situaciones de violencia de género* y que las reformas introducidas en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal con la finalidad de adaptar determinados aspectos orgánicos al principio de especialización que informa esta Ley han sido objeto de la Instrucción 7/2005 de la Fiscalía General del Estado.

La segunda, para dejar constancia de que con esta Circular la Fiscalía General del Estado quiere ofrecer a los Sres. y Sras. Fiscales un instrumento jurídico que posibilite la necesaria unidad de actuación de la Institución en el nuevo marco jurídico que se alumbró, proporcionándoles una primera aproximación interpretativa, a la espera de criterios jurisprudenciales, que debe ser valorada con la cautela que impone la falta de experiencia aplicativa y la insuficiencia de referentes doctrinales.

Por lo expuesto, si en la práctica de su aplicación diaria se detectasen problemas que puedan dificultar una adecuada respuesta jurisdiccional, los Sres. y Sras. Fiscales Jefes deberán comunicarlo a la Fiscalía General del Estado a fin de valorar aquellas pautas de actuación que coadyuven a solventarlos.

### **III.- OBJETO DE LA LO 1/2004. EL ARTÍCULO PRIMERO.**

Se inicia la LOMPIVG con un Título preliminar, que recoge las disposiciones directivas sobre el alcance, finalidad y principios rectores de la Ley.

El artículo 1, dedicado al *objeto de la Ley*, reza:

*“1.- La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.*

*2.- Por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas.*

*3.- La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.”*

El texto de dicho artículo contiene dos órdenes de declaraciones. La primera, comprensiva de sus apartados primero y tercero, referida a la definición de violencia de género y de sus manifestaciones a efectos de esta Ley, y la segunda, en el apartado del mismo orden, relativa al carácter integral de las medidas de protección previstas y de la finalidad perseguida con las mismas.

La decisión legislativa de “positivizar” formalmente el concepto de violencia de género, introduciéndolo en el propio texto normativo al definir el objeto de la Ley, determina cuatro importantes efectos:

### **III.-A. Delimita el ámbito de aplicación de la Ley.**

El artículo 1 circunscribe el ámbito de aplicación de la Ley mediante una descripción de la violencia de género que pretende erradicar y que, en cuanto objeto de la Ley, será determinante de la aplicación de las diversas modalidades

de tutela previstas en la LOMPIVG, ya sea en relación con los derechos y medidas asistenciales recogidos en su Título II, como con el ámbito competencial de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer o con aquellas especialidades introducidas en la legislación penal que hacen referencia a dicho concepto normativo.

El artículo primero acota la violencia de género objeto de regulación a la que el hombre ejerce sobre la mujer con ocasión de las relaciones de pareja. Esta restricción del objeto legal se fundamenta en la concepción de esta norma como una herramienta necesaria para prevenir, sancionar y erradicar la violencia de género -sobre la base de una realidad estadística que la pone de manifiesto como el tipo de violencia más grave y generalizado- desde el reforzamiento de la protección de la mujer en el ámbito de las relaciones afectivas en el que tradicionalmente ha asumido una posición de desigualdad por condicionantes socioculturales.

Por ello, pese a su genérica denominación, la LOMPIVG ni abarca todas las manifestaciones de la violencia de género, pues este es un concepto más amplio que engloba todas las formas de violencia contra la mujer por razón de su sexo, en la familia y en la sociedad (maltrato doméstico, infanticidio de niñas, mutilación genital, explotación, agresión y acoso sexual, entre otras), ni siquiera toda la violencia intrafamiliar contra la mujer, pues queda excluida la violencia que pueda ejercerse por razón de sexo contra otros miembros femeninos del grupo familiar (ascendientes, descendientes, colaterales, otras menores o incapaces) con la salvedad que se dirá.

Por tanto, como se indicó en la Instrucción 2/2005 de la Fiscalía General del Estado, para que los actos de violencia sobre la mujer incidan en el ámbito de esta Ley y puedan reputarse violencia de género es preciso que tengan como sujeto activo en todo caso a un hombre, que el sujeto pasivo sea siempre una

mujer y que entre ambos exista, o haya existido, una relación matrimonial o relación similar de afectividad, aún sin convivencia.

La entrada en vigor de esta Ley obliga, por ello, a diferenciar conceptualmente entre la violencia de género, descrita en el anterior párrafo, y la violencia doméstica que a partir de ahora queda circunscrita al resto de los sujetos pasivos previstos en el art. 173.2 CP.

Asimismo, la dicción legal del art. 1 LO 1/2004 implica que las parejas de un mismo sexo han quedado excluidas de su ámbito de especial protección, aunque no puede ignorarse que en algún supuesto en ellas podrían reproducirse relaciones de dominación análogas a las perseguidas en esta Ley por interiorización y asunción de los roles masculinos y femeninos y de sus estereotipos sociales. Por el contrario sí será de aplicación a las parejas de distinto sexo formadas por transexuales reconocidos legalmente si el agresor es el varón y la víctima la mujer.

De otro lado, como es sabido, otras opiniones reclamaban la necesidad de incluir en esta Ley la violencia ejercida directamente contra los hijos menores de edad, por lo que, frente a la redacción del Anteproyecto, el Proyecto de Ley amplió la tutela *procesal* a los descendientes, menores o incapaces integrados en el entorno de la mujer maltratada en el caso de que se vieran afectados por la situación de violencia contra ésta. Asimismo, tras su tramitación parlamentaria, aunque se mantuvo a la mujer como sujeto pasivo o víctima principal de la violencia perseguida, la tutela *penal* reforzada se hizo extensiva a las “personas especialmente vulnerables que convivan con el autor” como fórmula transaccional que permite la inclusión de los hijos en determinadas circunstancias.

Por ello, a pesar de que tanto en la definición legal del artículo primero, como en los principios rectores del artículo segundo, no se hace referencia más

que a la mujer como sujeto pasivo de la violencia perseguida, lo cierto es que la Ley reconoce que las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran en el entorno familiar y contempla por ello también su protección, en determinados supuestos, tanto para tutelar los derechos de los menores como para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer.

Así el art. 19.5 LOMPIVG reconoce el derecho a la asistencia social integral de los menores que se encuentren bajo la patria potestad o guarda y custodia de la persona agredida, añadiendo que, a estos efectos, los servicios sociales deberán contar con personal específicamente formado para atender a los menores, con el fin de prevenir y evitar de forma eficaz las situaciones que puedan comportar daños psíquicos y físicos a los menores que viven en entornos familiares donde existe violencia de género. Los arts. 36 a 39 -de reforma del Código Penal- extienden la tutela penal reforzada a los hijos que sean especialmente vulnerables y convivan con el autor. Y, por último, los artículos 44 y 58 -reguladores de la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer- también tutelan a los descendientes del agresor o de la mujer víctima, así como a los menores o incapaces que convivan con el autor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente cuando son también víctimas de esa misma violencia precisamente a consecuencia de su relación con la mujer o cuando son utilizados como instrumentos de la violencia dirigida contra la propia madre.

Inmediatamente después de la definición del concepto legal de violencia de género, el apartado segundo del art. 1 anuncia “por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar *esta violencia* y prestar asistencia a sus víctimas”, explicitándose de este modo el fin social y político-criminal que persigue la nueva legislación y que no es otro, como se dijo *supra*, que la protección de la mujer por razón de su género.

No obstante, no todos los preceptos de la LO 1/2004 despliegan su eficacia normativa exclusivamente en el marco de la violencia de género tal como queda definida en el artículo primero. Ciertamente, la protección integral contra la violencia de género se estructura sobre un conjunto de medidas, y si bien todas ellas tienen en común que deben contribuir a la erradicación de la violencia de género en el ámbito de la pareja, algunas contienen previsiones de más amplio alcance.

Así, las medidas en el ámbito educativo y publicitario van encaminadas, en general, a la formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres, buscando una eficacia preventiva frente a la violencia contra la mujer en cualquiera de sus manifestaciones.

Por su parte, el Título IV referido a la Tutela Penal incluye como sujetos pasivos cualificados en los tipos penales relativos a lesiones, malos tratos, amenazas o coacciones (arts. 148, 153, 171, 172) a las “personas especialmente vulnerables que convivan con el autor”; mientras que otros delitos, como el de quebrantamiento de medida o condena del art. 468 CP que también es objeto de agravación en esta Ley, no restringe su ámbito de especial protección a las penas o las medidas impuestas en procesos criminales en los que las víctimas sean precisamente mujeres, bastando que sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP.

Al propio tiempo, otros preceptos del Código Penal relacionados con la violencia sobre la mujer siguen vigentes con el mismo círculo de sujetos pasivos (art. 173.2), por lo que la tutela penal reforzada de las víctimas de violencia de género no se refleja sistemáticamente en el articulado del Código Penal, manteniendo su actual redacción otros atentados incluso de mayor gravedad como el homicidio o las lesiones de los artículos 149 ó 150 CP.

Por el contrario, la reforma de aquellos apartados de los artículos 83, 84 y 88 CP que, en la anterior redacción, venían referidos a determinadas especialidades en la suspensión o sustitución de las penas cuando hubieran sido impuestas por delitos de violencia doméstica en general, restringe el ámbito de aplicación de estos preceptos a los delitos relacionados exclusivamente con la violencia de género, como tendremos ocasión de examinar más adelante.

Por lo que respecta a la denominada tutela judicial o procesal (Título V), como se dijo *supra*, si bien aparece diseñada en principio exclusivamente para la mujer, ocasionalmente será extensiva a los descendientes, menores o incapaces integrados en el grupo familiar si también se ha producido un acto de violencia de género.

### **III.-B. Describe las formas de manifestación de la violencia de género contra las que la LO 1/2004 pretende actuar.**

Los apartados primero y tercero del art. 1 LOMPIVG enuncian frente a qué tipos de ataques pretende esta Ley proteger a la mujer.

Ahora bien, la declaración del artículo primero no ha de entenderse tanto como la definición de un concepto jurídico-penal nuevo, sino como un concepto social y cultural más amplio que recoge la definición consolidada internacionalmente de lo que es violencia de género, aunque a diferencia de los instrumentos supranacionales y autonómicos, la circunscribe, por los motivos anteriormente expuestos, a la relación específica de pareja.

Por ello, cuando el apartado tercero del art. 1 recoge, en esencia, la descripción de las formas de violencia de género que suelen figurar en los instrumentos internacionales, no debe buscarse en ellas una exacta correlación con la terminología de las figuras penales propias de nuestro Código Penal que,

eso sí, se retoma en el art. 44 de la Ley al determinar la competencia penal del Juzgado de Violencia sobre la Mujer (p. ej. la expresión “agresiones a la libertad sexual” es más restrictiva que “delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”).

Dicho art. 1.3 agrupa en dos categorías las formas que puede adoptar la violencia contra la mujer, la física y la psicológica, sin que ello suponga restricción de la aplicación legal a otras eventuales manifestaciones de la violencia de género si tienen cabida en la definición del apartado primero de dicho artículo. De modo, que siguiendo otras clasificaciones más detalladas como la del Consejo de Europa, las contenidas en algunas leyes especiales latinoamericanas contra la Violencia Familiar surgidas a raíz de la Convención Interamericana de la Organización de Estados Americanos para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la Mujer de 9 de junio de 1994, o las de nuestra legislación autonómica (leyes de Cantabria y Canarias), cabría afirmar, sin ánimo exhaustivo, que las distintas manifestaciones de violencia contra la mujer que tienen cabida en esta Ley pueden reconducirse a las siguientes:

.- Violencia física: relativa a cualquier acto de fuerza contra el cuerpo de la mujer, con resultado o riesgo de producir lesión física o daño en la víctima.

.-Violencia sexual: referida a la imposición por la fuerza de relaciones o prácticas sexuales que atenten contra su libertad sexual.

.-Violencia psicológica: comprensiva de toda conducta que produzca en la víctima desvalorización o sufrimiento, sea a través de insultos, amenazas, control, aislamiento, anulación, humillaciones o vejaciones, limitación de la libertad, exigencia de obediencia o sumisión. La violencia psicológica, entendida en un sentido amplio, comprende también aquellas manifestaciones de la violencia contra la mujer que, en algunas clasificaciones son objeto de conceptualización autónoma, tales como las llamadas violencia económica -entendida como abuso

económico o la privación o discriminación intencionada y no justificada de recursos- o espiritual, comprensiva de aquellas conductas dirigidas a obligar a aceptar un sistema de creencias cultural o religioso determinado o destruir las creencias de otro.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre supuestos de maltrato psicológico, ya cometido singularmente o unido a malos tratos físicos, con expresiones tales como “crear una situación de dominio y temor” (STS 394/2003, de 14 de marzo), “vejación y humillación continuada, metódica y deliberada que tiene como objetivo conseguir una situación de dominio que vulnera la propia personalidad de la víctima” (STS 932/2003, de 27 de junio) o como “amenazas reiteradas y permanentes y sometimiento de la víctima y su familia a una situación de verdadero acoso” (ATS 12.9.02). La STS 1750/2003, califica de violencia esencialmente psíquica una situación de reiterados hostigamientos, descalificaciones, expresiones intimidatorias personalmente o por teléfono, amenazas de muerte, provocaciones intimidantes, agresiones físicas, que finalizó con un intento de atropello o su cruel simulación.

### **III.-C. Efectúa una declaración programática acerca de los bienes jurídicos que son específicamente lesionados cuando el hombre ejerce violencia sobre la mujer en el ámbito de pareja.**

El legislador de 2004, en línea con la doctrina y la jurisprudencia elaborada sobre el delito de maltrato familiar, así como con los pronunciamientos de los instrumentos internacionales sobre la materia, aborda la violencia contra la mujer desde la perspectiva de los derechos fundamentales de la persona, dejando constancia expresa en la descripción contenida en el artículo primero de que las conductas de violencia de género no solo son representativas de una violencia intersubjetiva, como sucede en otras figuras penales que incriminan fenómenos violentos, sino que encierran un desvalor añadido en cuanto atentan a otros

valores constitucionales de primer orden, en este caso, referidos específicamente a la mujer, como su derecho a la igualdad, a la no discriminación por razón de su sexo, a la dignidad y al libre desarrollo de su personalidad en el ámbito de las relaciones de pareja.

Esa perspectiva constitucional, ha sido puesta de manifiesto en el Auto del Pleno del Tribunal Constitucional nº 233/2004, de 7 de junio, que inadmitió a trámite, por ser notoriamente infundada, la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el art. 153 CP -según redacción LO 11/2003- por quebrantamiento del principio de proporcionalidad sancionadora al elevar a la categoría de delito conductas anteriormente castigadas como faltas cuando se cometen contra alguna de las personas que se citan en el art. 173.2 CP. Declara el Tribunal Constitucional en dicho auto: *“No puede dejar de resaltarse desde nuestro específico control de constitucionalidad, ante el problema social de primera magnitud que en nuestro país representa la violencia doméstica, la relevancia social de los bienes e intereses que el precepto pretende proteger, constituidos no sólo por la libertad y la integridad psíquica y física de la víctima, sino también por la pacífica convivencia doméstica, así como su directa y estrecha conexión con principios y derechos constitucionales, como la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), o, también entre otros, la protección de la familia (art. 39 CE)”*. Incide también en la directa conexión de estos bienes jurídicos con principios y derechos constitucionales la STC 62/2005, de 14 de marzo.

Por su parte, el Tribunal Supremo, entre otras en SSTs 927/2000, de 24 de junio, 1161/2000, de 26 de junio, 164/2001, de 5 de marzo, 20/2002, de 22 de enero, 42/2002, de 22 de enero, 662/2002, de 18 de abril, 355/2003, de 11 de marzo, 414/2003, de 24 de marzo, 701/2003, de 16 de mayo, 805/2003, de 18 de junio, 932/2003, de 27 de junio, 417/2004, de 29 de marzo, 645/2004, de 14 de mayo, 1117/2004, de 23 de septiembre, 1058/2004, de 27 de septiembre y

1162/2004, de 15 de octubre, ha establecido igualmente un cuerpo de doctrina en torno al delito de maltrato habitual del que cabe extraer las siguientes conclusiones en relación con el tema que nos ocupa:

*“Es preciso abordar el delito de maltrato familiar desde una perspectiva estrictamente constitucional”.*

*“El bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atender a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad -art. 10-, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes -art. 15- y en el derecho a la seguridad -art. 17- quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos del art. 39”.*

*“El delito de maltrato habitual tiene autonomía propia, protegiendo valores constitucionales como la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, el rechazo a los tratos inhumanos y degradantes, reforzando en suma la convivencia en condiciones de igualdad, seguridad y libertad”.*

De este modo, la transformación de la percepción social acerca de este fenómeno, hasta fechas relativamente recientes silenciado social y legislativamente como tal, ha provocado que en la vigente ordenación valorativa de los presupuestos esenciales para la convivencia, la violencia de género se haya catalogado como una de las lesiones más significativas a bienes jurídico-penales fundamentales.

### **III.-D. Función interpretativa de la LO 1/2004**

Además de lo expuesto, el art. 1 constituye un referente obligado en la interpretación de los preceptos de la LOMPIVG, con independencia de la ubicación sistemática que, finalmente, puedan tener aquellas de sus normas llamadas a incorporarse a otros cuerpos legislativos que son objeto de reforma.

Al recogerse, tanto en la Exposición de Motivos como en el artículo 1, las causas que generan la violencia sobre la mujer en el ámbito de pareja, el legislador hace explícito un cambio en el enfoque legislativo del problema optando por abordarlo desde una perspectiva de género frente a la perspectiva doméstica de leyes anteriores.

Acorde con dicho enfoque la LOMPIVG entiende que en las agresiones físicas o morales a la mujer está latente ese sentimiento de superioridad en la pareja del que aquéllas no son sino una forma de expresión.

Así se pone de manifiesto en la definición de violencia de género que el legislador introduce en el art. 1.1 LOMPIVG y que conduce al entendimiento de que las circunstancias descritas en el mismo -la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres- están implícitas en la violencia que el hombre ejerce sobre la mujer que es o ha sido su pareja sentimental; o cuando al distribuir la competencia entre los distintos órganos encargados de la instrucción en el orden penal, Juzgados de Violencia sobre la Mujer, por un lado, y Juzgados de Instrucción ordinarios, por otro, considera que la realización de determinadas conductas resultan lesivas para los concretos bienes jurídicos que son objeto de protección en esta Ley, por lo que son atribuidas al ámbito competencial del los Juzgados de Violencia sobre la Mujer inicialmente, aun cuando estos podrán inhibirse de su conocimiento si los hechos *de forma notoria no constituyen expresión de violencia de género*.

Con relación al delito de maltrato habitual la doctrina jurisprudencial anteriormente citada ya ha venido poniendo de manifiesto cómo este delito sanciona aquellos actos que “exteriorizan una actitud tendente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación porque, en efecto, nada define mejor el maltrato familiar que la situación de dominio y poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes” o que “tienen como objetivo conseguir una situación de dominio que vulnera la propia personalidad de la víctima”. A lo que debe añadirse, como señalan, entre otras, las SSTS 20/2002, de 22 de enero, 662/2002, de 18 de abril, 355/2003, de 11 de marzo, lo expresado en la STS 1161/2000, de 26 de junio, cuando destaca que el art. 153 (redacción CP/1995) ha sido creado con la finalidad de proteger a las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia.

Por tanto, la Ley opta por una definición de la violencia de género que parte de entender, como dato objetivo, que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cual sea la motivación o la intencionalidad del agresor.

Recuérdese que en el Proyecto de Ley se eliminaron todas aquellas referencias a la intención finalista del agresor que aparecían en la redacción originaria del Anteproyecto, y que resultaron tan discutidas en algunos de los preceptivos informes institucionales al mismo dada la negativa repercusión que en la aplicación de la Ley podía provocar la dificultad de probar ese elemento intencional.

Así, mientras la primera redacción de art. 1.2, definía la violencia de género como aquella que se ejerce “como *instrumento* para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres” la

redacción definitiva sustituyó el término finalista “*instrumento*” por el más objetivo de “*manifestación*”.

De este modo, la definición del Anteproyecto que contenía un específico elemento subjetivo de difícil prueba como era la utilización de la violencia con determinados fines, fue sustituida, en la línea propuesta en los informes consultivos, por una definición descriptiva de las circunstancias que subyacen en la violencia de género, tales como la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, al margen de cualquier referencia a elementos subjetivos o intencionales.

#### **IV.- LA TUTELA PENAL.**

El Título IV de la LO 1/2004 bajo la rúbrica “Tutela Penal” acomete una reforma parcial del Código Penal tendente a asegurar una protección reforzada a las víctimas de violencia de género y, por extensión, a las personas especialmente vulnerables del círculo de convivencia del agresor desde el fortalecimiento del marco penal vigente.

No obstante, como se indicó *supra*, la nueva orientación político-criminal no se refleja de modo sistemático en el tratamiento penal de todas las conductas relacionadas con la violencia de género. El endurecimiento punitivo afecta fundamentalmente a aquellas conductas en las que con mayor frecuencia se expresa el comportamiento violento: delitos de maltrato simple, algunas lesiones, amenazas y coacciones leves. Sin embargo no han sufrido modificación alguna los delitos contra la vida, contra la libertad sexual, los delitos más graves de lesiones o de violencia habitual, por lo que cabe entender que el legislador ha querido reforzar la protección penal de las víctimas de violencia de género frente a las primeras manifestaciones de la espiral de violencia, continuando la tendencia criminalizadora ya iniciada con la LO 11/2003 al elevar a la categoría de

delito determinadas conductas que hasta ahora constituían falta de amenazas o coacciones del artículo 620.2º CP.

Por otra parte, determinados aspectos de la reforma trascienden del marco de la violencia de género, tal como queda definida en el artículo primero de la LOMPIVG, para incidir en todo el ámbito doméstico como sucede con la modificación del art. 468 CP, que se tratará más adelante.

En cualquier caso, la novedad más destacable de la reforma penal introducida por la LO 1/2004 consiste en otorgar una mayor protección a un grupo específico de sujetos pasivos dentro del amplio elenco de víctimas recogido en el artículo 173.2 CP, concretamente a la mujer víctima de violencia causada por el hombre al que le une o ha unido una relación afectiva de pareja. Como con acierto señala el Consejo de Estado en su informe sobre el Anteproyecto, la causa justificativa de este tratamiento diverso y diferenciado radica en que estas conductas *encierran un desvalor añadido o un plus de antijuridicidad, en cuanto son expresión de determinadas relaciones de poder y sometimiento del hombre sobre la mujer, que son incompatibles con los principios constitucionales de igualdad y no discriminación por razón de sexo.*

Por otra parte, el legislador ha aprovechado esta iniciativa legislativa, dirigida a combatir la violencia de género, para hacer extensiva esa especial protección penal a las “personas especialmente vulnerables”, equiparación que tiene su fundamento en el prevalimiento de la situación de superioridad que está implícito en las conductas delictivas que tienen como sujetos pasivos a unas y otros.

Obsérvese que a diferencia de lo que ocurre en la denominada tutela procesal (Título V LO 1/2004) el legislador no ha incluido a los descendientes, menores o incapaces del círculo afectivo de la mujer entre los sujetos

especialmente protegidos en el ámbito penal, salvo que en atención a sus circunstancias pueden encuadrarse entre las personas especialmente vulnerables.

La nueva regulación introduce en el Código Penal nuevos tipos delictivos y figuras agravadas, pero también tipos privilegiados que permiten atemperar el rigor punitivo de forma proporcionada a las circunstancias personales del autor y a las circunstancias concurrentes en la realización del hecho.

Por último, cabe recordar que siguen vigentes los criterios de interpretación contenidos en la Circular 4/2003 de 30 de diciembre, “*sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica*” en relación a todo aquello que no ha sido objeto de modificación en los tipos penales que a continuación se examinan.

#### **IV.-A. El nuevo artículo 153 CP**

La LO 1/2004 da una nueva redacción al art. 153 CP, emancipando del tipo básico común el maltrato constitutivo de violencia de género y el asimilado, con el fin de atribuirles una mayor penalidad.

Al propio tiempo el delito de amenazas leves con armas a los sujetos pasivos descritos en el art. 173.2 CP se traslada al art. 171.4 y 5 mejorando de este modo su ubicación sistemática.

##### **IV.- A.1. La nueva figura agravada de maltrato doméstico del apartado 1º.**

*“1.El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpearle o maltratarle de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o*

*mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor...*

La conducta típica consiste en “*causar por cualquier medio o procedimiento menoscabo psíquico o una lesión no definida en el Código Penal como delito, o golpear o maltratar de obra sin causar lesión*”. Se mantiene por tanto la redacción anterior a excepción de las amenazas leves con armas que se trasladan a los delitos contra la libertad.

En relación con los sujetos activo y pasivo del tipo, es preciso diferenciar los dos supuestos incriminados en este apartado:

*a) cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia...*

Los términos contrapuestos utilizados por el legislador en la descripción del ámbito subjetivo: “ofendida”, en género femenino, para el sujeto pasivo y “él”, en género masculino, para el sujeto activo, determina que en este apartado, sujeto activo sólo puede serlo el hombre y sujeto pasivo la mujer sobre la que aquél ejerce violencia derivada de una actual o anterior relación de pareja, aún sin convivencia.

Otras posibles combinaciones en las que aparezcan implicados en los hechos objeto de persecución penal los sujetos previstos en el art. 173.2 CP (sujeto activo mujer, sujeto pasivo mujer no vinculada al agresor por relación de pareja) quedarán relegados al apartado segundo del art. 153 CP.

*b).- cuando el ofendido sea persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.*

El concepto “persona especialmente vulnerable” no viene definido en el texto legal, ni siquiera es aludido en la Exposición de Motivos. Atendiendo a una interpretación literal según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “vulnerable”, procedente del latín *vulnerabilis*, significa “que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente”.

Su ámbito de aplicación, en cualquier caso, no debe ser confundido con el referido a los descendientes, menores o incapaces descritos en el art. 87 ter.1 a) LOPJ al definir la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, del que nos ocuparemos posteriormente, aunque no cabe duda de que, en determinadas situaciones, pueden coincidir ambas circunstancias.

A diferencia de lo que ocurre en el apartado anterior, este grupo de sujetos no viene condicionado ni por razón de sexo ni por una relación especial de parentesco o afectividad con el agresor. Por tanto, sujeto activo y sujeto pasivo de la conducta descrita en el precepto, pueden serlo tanto el hombre como la mujer. La única exigencia que la norma penal establece es la nota de la convivencia con el autor, al margen de la relación que entre ellos exista. Por convivencia deberá entenderse tanto la de carácter permanente como la que tiene lugar periódicamente, como por ejemplo la derivada del régimen de visitas o custodia compartida de hijos menores de edad o de la estancia temporal de padres ancianos en casa de los hijos, entre otros supuestos.

El concepto de vulnerabilidad de la víctima, es empleado por el legislador en el Código Penal en diversos tipos penales y específicamente en los artículos 180.1.3ª (delito de agresión sexual), 184.3 (delito de acoso sexual), 188.1 (delito de corrupción de menores), 318 bis (delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros) y 607 bis.2.9º (delitos de lesa humanidad).

Concretamente como circunstancia agravatoria se encuentra descrita en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en los siguientes términos *“Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y , en todo caso, cuando sea menor de 13 años”*.

La Sala 2ª del Tribunal Supremo ha elaborado un cuerpo de doctrina en la interpretación de dicho concepto en relación con los delitos contra la libertad sexual que deberá ser atendido en la aplicación de estos nuevos preceptos en tanto la Jurisprudencia no perfile tal concepto jurídico indeterminado en el ámbito específico de la violencia doméstica. Conforme a dicha doctrina jurisprudencial el fundamento de esta agravación se encuentra en la reducción o eliminación de los mecanismos de autodefensa de la víctima derivada de una serie de situaciones determinantes bien de naturaleza personal (edad, enfermedad) o mixta (situación en que se encuentre).

Así, el Tribunal Supremo ha predicado la vulnerabilidad de la víctima esencialmente en relación a la edad *“pudiendo ser ésta muy escasa o elevada...siendo lo importante que tal edad incida en la eventual vulnerabilidad de su personalidad”* o bien a causa de *“la enfermedad que padezca, cualquiera que sea su edad”*, o incluso en atención a las condiciones objetivas de la comisión delictiva *“por la situación en que se encuentre, que debe ser interpretado como algo externo a su personalidad.”* (STS 224/2003, de 11 de febrero).

La especial vulnerabilidad por razón de edad permite extender la tutela penal reforzada de este precepto tanto a personas de edad avanzada como a aquellas que presenten una limitación de sus condiciones físicas o psíquicas que merme su capacidad defensiva.

Concretamente, la STS 793/2004, de 14 de julio hace referencia a circunstancias tales como “*el bajo nivel de inteligencia, determinada incapacidad física, incapacidad de toda defensa de la víctima, etc..*” y la STS 377/2004, de 25 de marzo entiende que la víctima era especialmente vulnerable “*por razón de su edad, por la situación en la que se encontraba, dado que sus padres estaban ausentes y, por último, la diferencia de edades entre el autor (veintiséis años) y la víctima (doce años)*”

Por ello, el ámbito de especial protección que la norma otorga a las personas especialmente vulnerables deberá ser analizado por los Sres. y Sras. Fiscales de forma individualizada atendiendo a aquellas circunstancias que coloquen a la víctima en situación de indefensión frente al autor, hecho que debe ser abarcado por el dolo del autor.

No obstante, el legislador en los delitos contra la libertad sexual parifica *ex lege* la menor edad de 13 años a tales situaciones presumiendo *iuris et de iure*, que el menor de 13 años carece de madurez suficiente para consentir válidamente las prácticas sexuales de que es objeto. Pese a ello, en la regulación de la LO 1/2004, tal equiparación no será posible en todo caso, pues persigue comportamientos ajenos al consentimiento del sujeto pasivo (lesiones, malos tratos, amenazas, coacciones). De modo similar en la regulación del delito de lesiones, el art. 148.3 establece una presunción de debilidad cuando la víctima fuera menor de 12 años o incapaz. Ahora bien esos límites de edad (13 y 12 años de edad, respectivamente) no deben interpretarse como determinantes de la vulnerabilidad del sujeto pasivo siempre que se encuentre por debajo de los mismos.

Ciertamente tal equiparación será posible cuando la temprana edad de la víctima limite su capacidad defensiva, pero en otro caso, habrá que estar a las

circunstancias de todo tipo que concurran en la comisión del hecho para predicar, caso por caso, tal cualidad respecto del menor de esas edades.

#### IV.- A. 2. Tipo básico: apartado 2º

*“2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo...”*

Esta norma contiene el tipo básico de maltrato familiar y conserva en parte la antigua redacción del art. 153, manteniendo las penas en idénticos términos. La novedad estriba, por una parte, en la exclusión del círculo de sujetos pasivos de este apartado de la mujer víctima de violencia causada por hombre al que le une, o ha unido, una relación afectiva de pareja y de las personas especialmente vulnerables que convivan con el agresor y, por otra, en la reducción del ámbito objetivo de aplicación de la norma al quedar fuera las amenazas leves con armas y otros instrumentos peligrosos.

Por tanto, los Sres. y Sras. Fiscales aplicarán con carácter excluyente el apartado 1º del art. 153 CP cuando el sujeto pasivo sea mujer y el sujeto activo sea hombre y entre ambos exista o haya existido una relación afectiva de pareja, aún sin convivencia. El apartado 2º de dicho artículo será de aplicación al resto de las relaciones previstas en el art. 173.2 CP, incluidas las parejas homosexuales.

Determinadas personas vulnerables pueden encontrarse contempladas en ambos preceptos ya que el art. 173.2 CP incluye a descendientes, menores o incapaces que convivan con el agresor y a las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren en situación de guarda en centros públicos o privados. En tales supuestos los Sres. y Sras. Fiscales examinarán las

circunstancias que concurren en la víctima vulnerable, aplicando con carácter preferente el tipo agravado del apartado 1º del art. 153 cuando concorra el requisito de la convivencia con el agresor (art. 8.4 CP).

#### IV.- A. 3. Agravaciones específicas: apartado 3º.

*“3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.”*

El apartado tercero contiene diversas agravaciones penológicas que son de aplicación tanto al tipo básico común del apartado segundo como al nuevo tipo agravado del apartado primero del art. 153.

Dado que la redacción de este apartado no ha sufrido modificación alguna, siguen siendo de aplicación los criterios interpretativos que en relación con el mismo fueron efectuados en la Circular 4/2003, de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica.

Basta que concorra una sola de tales circunstancias para la apreciación de la agravación como se desprende de la redacción en forma alternativa de las distintas modalidades agravatorias. Es preciso recordar igualmente que del empleo en plural del término «menores» para describir uno de los subtipos agravados ha de interpretarse que basta para la agravación que la conducta se despliegue en presencia de un solo menor de edad, sin que pueda ser agravada más aún por el hecho de que sean varios los menores que la presencién. Así como que se ha de tratar de menores integrados en el círculo de sujetos del art. 173.3 CP, pues la razón de la agravación estriba en la vulneración de derechos

de los menores que presencian agresiones entre personas de su entorno familiar y educativo. Es decir, no se agravará la conducta cuando ésta se perpetre en presencia de menores de edad sin vinculación alguna con el agresor y el agredido (por ejemplo agresión entre cónyuges en la vía pública presenciada por menores transeúntes). Confirma esta interpretación el hecho de que las lesiones entre extraños no se agravan cuando se cometen en presencia de menores.

Por otra parte, el desplazamiento de las amenazas leves con armas del art. 153 al art. 171 CP despeja definitivamente la posibilidad de conculcar el principio non bis in idem cuando la agravación del 153.3 se fundamente en la utilización de armas, tal como se planteaba con la anterior ubicación sistemática de tales conductas, ya que en el art. 171 el empleo de armas no se contempla como agravación específica.

#### IV.- A. 4. Tipo privilegiado: apartado 4º:

*“4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.*

La introducción de una cláusula atenuatoria específica, desconocida hasta ahora en la regulación de la violencia doméstica (al margen de la previsión del apartado segundo del art. 147 CP para los “supuestos de menor gravedad atendido el medio empleado o el resultado producido”) responde a razonables exigencias de los principios de proporcionalidad y culpabilidad habida cuenta de la singularidad de la reforma y de la materia a regular.

A través de esta regla penológica, de carácter facultativo, los Sres. y Sras. Fiscales individualizarán la respuesta penal en atención a la gravedad intrínseca del hecho teniendo en cuenta cumulativamente los dos parámetros legales de

atenuación -las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho- a efectos de posibilitar un tratamiento diferenciado a los supuestos en los que se ponga de manifiesto una menor responsabilidad penal (forma de la agresión, intensidad de la acción, agresiones mutuas, personalidad no violenta del autor, etc..).

#### **IV. B. Los nuevos tipos cualificados de lesiones del art. 148 CP**

El art. 36 LOMPIVG incorpora nuevas agravantes específicas respecto a las lesiones del art. 147.1 CP, añadiendo la alevosía junto al ensañamiento en el número segundo e introduciendo dos nuevos ordinales en el art. 148 CP:

*“2º Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.*

*4º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.*

*5º Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”.*

Como decíamos al inicio del capítulo la razón de ser de la reforma penal operada por la LO 1/2004 en razón de los sujetos despliega su actividad en esta y otras figuras penales.

Valen, por tanto, los argumentos esgrimidos en relación a la interpretación del nuevo delito de maltrato agravado del apartado primero del artículo 153 en relación a los sujetos relacionados, con la única consideración de que, a diferencia de aquél, la cualificación de los sujetos pasivos no conlleva la aplicación automática de la agravación prevista en los apartados 4 y 5 del art. 148 CP, el cual sigue siendo de aplicación potestativa (STS 730/2003, de 19 de mayo)

en la medida que el Tribunal la valore como determinante de una mayor gravedad.

Los Sres. y Sras. Fiscales, por tanto, tendrán en consideración para la aplicación del subtipo agravado la entidad del *resultado causado o riesgo producido*, sin que la concurrencia del mero dato subjetivo cualificador de la víctima genere la automática subsunción en el art. 148 CP.

Por otro lado, la reforma puede afectar a la aplicación de las circunstancias agravantes genéricas de modificación de la responsabilidad criminal respecto a las lesiones del art. 147.1 CP.

De modo que, al considerar la aplicación de las nuevas modalidades del subtipo agravado los Sres. y Sras. Fiscales deberán tener en cuenta que algunas circunstancias genéricas de modificación de la responsabilidad criminal se encuentran ínsitas en la descripción del tipo, tales como la circunstancia mixta de parentesco en el apartado 4º o la agravante de alevosía en el apartado 5º cuando aquélla venga determinada por el aprovechamiento de una especial situación de desvalimiento (niños de corta edad, ancianos debilitados, personas privadas de razón o sentido, personas gravemente enfermas, personas que duermen o en estado de embriaguez STS 169/03, de 10 de febrero).

#### **IV.- C. La nueva regulación del delito de amenazas**

La sistemática seguida por el legislador a la hora de reformar el artículo 171 CP es exactamente idéntica a la que emplea al modificar el art. 153, pues incorpora tres apartados, numerados como 4, 5 y 6 que reproducen los homólogos del delito de maltrato simple.

Los nuevos apartados del art. 171 disponen:

*“4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia... Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.*

*5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, ...*

*6. No obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”*

En el apartado 4<sup>a</sup> los sujetos activos y pasivos son los mismos que los comprendidos en el delito del art.153.1 y, por tanto, se dan por reproducidas las consideraciones realizadas *supra*.

La acción consiste en amenazar levemente, a quien sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al hombre autor por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, por lo que siguiendo la tendencia ya iniciada por la LO 11/2003, se transforma en delito la conducta que, hasta ahora, se encontraba ubicada en la falta del art. 620.2º CP.

De modo que en el apartado 4º se tipifica en todo caso como delito cualquier amenaza leve, con o sin arma, cuando la víctima sea la mujer en el marco de la relación de pareja antes descrito o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

La nueva redacción legal no menciona expresamente como conducta punible comprendida en este apartado la amenaza leve con armas y otros instrumentos peligrosos anteriormente prevista en el art. 153, pese a lo cual deben entenderse incluidas en su ámbito de aplicación siempre y cuando atendidas la entidad y circunstancias del hecho puedan reputarse como amenazas de intensidad leve. En otro caso, si la amenaza es grave, por el principio de especialidad deberá acudir a la aplicación de los artículos 169 o de los restantes apartados del art. 171 CP con la concurrencia, si procede, de la circunstancia agravante de parentesco del artículo 23 del CP.

En el apartado 5º se protege al resto de sujetos pasivos del art. 173.2 CP frente a las amenazas leves con armas y otros instrumentos peligrosos exclusivamente, pues a diferencia de lo que ocurre en el apartado anterior, otro tipo de amenazas leves será constitutivo de falta del art. 620 CP.

Asimismo se introducen en relación con los delitos de amenazas leves de los apartados 4º y 5º las mismas circunstancias específicas de agravación previstas en el apartado 3º del art. 153 a excepción de la utilización de armas que ha quedado excluida como modalidad agravada, tanto respecto de los delitos de amenazas como de coacciones leves.

En el apartado 6º se introduce una cláusula atenuatoria idéntica a la prevista en el artículo 153.4, por lo que huelga más comentario.

#### **IV-D. La nueva regulación del delito de coacciones**

Artículo 172 C.P.:

2. *“ El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado ...*

*Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.*

*Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.*

*No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.*

De igual modo que respecto de las amenazas, la reforma penal ha afectado a la tipificación legal de las coacciones leves, transformando en delito las conductas que antes constituían la falta del art. 620.2 CP cuando se cometan por el hombre contra la mujer que es o ha sido su pareja o aquellas que se lleven a cabo contra las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor.

La tipificación como delito de los comportamientos constitutivos de coacciones leves no se extiende a los restantes sujetos pasivos del art. 173.2 CP, por lo que toda coacción de carácter leve entre éstos será constitutiva de la falta prevista en el artículo 620.2 CP a diferencia de lo que ocurre con las figuras de maltrato simple (art. 153.2) y amenazas leves (art. 171.5).

En relación con el delito de coacciones leves se introducen igualmente las mismas circunstancias de agravación y atenuación previstas en relación con el nuevo tipo de amenazas leves, mencionadas anteriormente.

#### **IV- E. Aplicación residual del artículo 620 CP**

Dispone este artículo:

*“Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:*

*1º Los que de modo leve amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.*

*2º Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.*

*Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.*

*En los supuestos del número 2º de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias”.*

La única modificación que presenta el artículo está recogida en el apartado 2, cuando exceptúa de su ámbito de aplicación la amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el hecho sea constitutivo de delito. La incorporación de esta excepción es consecuencia de la nueva regulación de los delitos de amenazas y coacciones leves al haber transformado en delito determinadas conductas que hasta la reforma eran constitutivas de falta.

Por ello, en el ámbito de la violencia intrafamiliar este precepto tendrá un carácter absolutamente residual.

Así, tendrán la consideración de falta las amenazas de carácter leve que, sin empleo de arma, se lleven a cabo entre los sujetos del art. 173.2, así como las coacciones que, con carácter leve, se lleven a efecto entre los mismos sujetos. Las vejaciones injustas y los insultos son las únicas figuras que no gozan de la protección penal que la reforma ha otorgado a los sujetos cualificados tantas veces mencionados, incrementándose en todos estos casos la pena en los términos propuestos en el párrafo tercero del apartado 2 , que no se ha visto reformado.

#### **IV- F. La nueva regulación del delito de quebrantamiento de condena.**

Se modifica el artículo 468 del Código Penal que queda redactado de la siguiente forma:

*"1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados...*

*2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2".*

La nueva redacción dada al precepto pone fin a la polémica suscitada en torno a la posibilidad de adoptar la medida cautelar de prisión provisional en los supuestos en que el agresor, en situación de libertad, quebrantaba una medida cautelar de alejamiento o incomunicación decretada por la vía del art. 544 bis

LECrim. En una interpretación literal de la anterior redacción del art. 468.2 CP, la posibilidad de castigar el delito de quebrantamiento con pena de prisión quedaba reservada a los supuestos en que se incumpliera el alejamiento o incomunicación decretados como pena accesoria en sentencia firme, pero no respecto de aquellos que, cautelarmente, se imponían en el curso de un procedimiento judicial, para los que únicamente estaba prevista pena de multa.

La actual redacción equipara la sanción del quebrantamiento de las penas contempladas en el art. 48 CP con el de las medidas cautelares o de seguridad, estableciendo, en todo caso, pena de prisión de seis meses a un año siempre que hubieran sido impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2. Obsérvese que en este caso, la reforma afecta al quebrantamiento de cualquier medida cautelar o condena impuesta por delitos de violencia doméstica en sentido amplio, sin quedar limitada a las derivadas de delitos relacionados exclusivamente con la violencia de género.

#### **IV- G. Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.**

El artículo 83.1.6<sup>a</sup>, párrafo 2<sup>o</sup>, del Código Penal dispone:

*“Si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionarán en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1<sup>a</sup>, 2<sup>a</sup> y 5<sup>a</sup> de este apartado”.*

La modificación llevada a cabo por la LO 1/2004 en materia de suspensión de la ejecución de la pena, reforma nuevamente el párrafo 2<sup>o</sup> del art. 83, manteniendo el carácter imperativo de la suspensión condicionada al cumplimiento de las obligaciones y deberes previstos en las reglas 1<sup>a</sup> (prohibición de acudir a determinados lugares) 2<sup>a</sup> (prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que el Juez determine, o de

comunicarse con ellos) y -esta es una de las novedades- 5ª (participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares), regla de conducta esta última cuyo objeto no contempla, como las dos primeras, la protección de la víctima sino la formación del autor del delito a través de su participación e intervención obligatoria en diferentes programas.

La segunda modificación se refiere al ámbito en que esta concesión necesariamente condicionada despliega sus efectos, al referirse el legislador, tras la reforma, a *delitos relacionados con la violencia de género*.

Frente a la anterior redacción del precepto en que de forma tasada se aludía a los delitos contemplados en los arts. 153 y 173.2 CP la expresión acuñada tras la reforma “delitos relacionados con la violencia de género”, deberá ser interpretada conjugando el art. 1 LO 1/2004 en relación con las normas que determinan la competencia en el orden penal de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. De forma que por “delito relacionado con la violencia de género” se entenderán aquellos que, siendo competencia de los Juzgados de violencia sobre la mujer conforme al art. 87 ter 1 a) y b) LOPJ -vid. *infra* Tutela Judicial-, hayan tenido como sujeto pasivo a la mujer que fuere o hubiere sido esposa, o que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. No quedarán amparados en dicha expresión, por no aparecer dichos sujetos incluidos en el artículo primero de la LO 1/2004, los cometidos contra los descendientes, menores o incapaces del círculo afectivo de la mujer, aunque hayan sido conocidos por los referidos Juzgados, ya que otro entendimiento supondría extender el ámbito de aplicación de las normas procesales de competencia a supuestos sustantivos condicionantes de la ejecución de la pena.

El art. 34 LO 1/2004, modifica el apartado 3º del art. 84 CP, disponiendo que el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes previstos en

las reglas 1ª, 2ª y 5ª del apartado 1 del art. 83 determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena, en el supuesto de que la pena suspendida fuera de prisión por la comisión de delitos *relacionados con la violencia de género*, de modo que al igual que sucede en la nueva redacción de los arts. 83 y 84, cambia el supuesto de aplicación de la norma, anteriormente previsto para la suspensión de penas de prisión por comisión de los delitos contemplados en los arts. 153 y 173.2 CP.

Se mantienen, por último, todas las indicaciones recogidas en la Circular 1/2005 en relación a la observancia del contenido del precepto.

#### **IV. H. Sustitución de penas.**

El párrafo tercero del apartado 1 del art. 88 del Código Penal, queda redactado de la forma siguiente:

*"En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª, del apartado 1 del artículo 83 de este Código".*

Al igual que en los preceptos anteriores, la interpretación literal del precepto obliga a aplicar esta regla únicamente a los delitos relacionados con la violencia de género, lo que, sin duda altera el ámbito de aplicación que la LO 15/2003 le había concedido para el supuesto de condena por delito tipificado en el artículo 173.2 CP.

Se mantienen igualmente las directrices contenidas en la Circular 1/2005 en relación a la ausencia de referencias a los programas específicos de

reeducación y tratamiento psicológico a los que hace mención como de la acreditación que se pueda exigir a las personas o entidades llamadas a desarrollarlos. Recordando a los Sres. y Sras. Fiscales que, ante tal ausencia, valorarán prudencialmente la posibilidad de reclamar de los médicos forenses o de los servicios sociales correspondientes los informes necesarios para poder informar adecuadamente acerca de tales programas.

## **V.- LA TUTELA JUDICIAL.**

### **V-A. Antecedentes**

El carácter parcial de las reformas legislativas acometidas hasta fechas recientes -sin perjuicio de reconocer el importantísimo avance que, en poco tiempo, han supuesto en la lucha contra la violencia doméstica en nuestro país- ha venido exigiendo un esfuerzo sostenido de coordinación en el ámbito de la Justicia y de ésta con el resto de la estructura administrativa del Estado, que no siempre ha dado los resultados deseados.

En el ámbito de la Administración de Justicia se hizo preciso regular, tanto el reparto de asuntos con el fin de evitar la dilación en la tramitación de los procedimientos de violencia familiar cuando existían denuncias anteriores- Instrucción 3/2003, de 9 de abril del Pleno del Consejo General del Poder Judicial sobre normas de reparto penales y registro informático de violencia doméstica-, como la coordinación entre la jurisdicción civil y penal -Protocolo de Coordinación entre los órdenes jurisdiccionales penal y civil de 20 enero de 2004-.

Desde el ámbito de la Fiscalía, la Circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado articuló una serie de medidas organizativas en el seno de las Fiscalías territoriales, tales como la creación de los Servicios de Violencia Familiar o el Registro Especial de causas de Violencia Doméstica y la Circular 3/2003 dispuso

que los Fiscales adscritos al Juzgado de Instrucción que hubieren sido notificados de la orden de protección remitieran copia de ésta, si se pronunciare sobre medidas civiles, a la Sección Civil de la Fiscalía para procurar la coordinación entre ambas jurisdicciones, seguimiento que no siempre ha sido fácil, dados los distintos fueros competenciales existentes en las jurisdicciones penal y civil, entre otros motivos.

La LO 1/2004, en su Título V, regula la llamada Tutela Judicial con el declarado propósito de garantizar un tratamiento especializado y eficaz de la situación jurídica, personal, familiar y social de las víctimas de violencia de género.

Dicha tutela se vertebra sobre cuatro novedosas iniciativas de carácter orgánico-procesal:

1.- Previsión de órganos jurisdiccionales especializados: Juzgados de Violencia sobre la Mujer, Juzgados de lo Penal y Secciones de la Audiencia Provincial (Capítulo I).

2.- Superación de la tradicional separación de competencias penales y civiles en el tratamiento jurisdiccional de los asuntos relacionados con la violencia de género (Capítulos II y III).

3.- Regulación específica de las medidas de protección y seguridad de las víctimas de violencia de género (Capítulo IV).

4.- Creación del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer (Capítulo V).

#### **V.-B. El principio de especialización.**

El principio de especialización que informa la LO 1/2004, aparece expresamente mencionado como uno de sus principios rectores en el art. 2 j) que propugna “*Fomentar la especialización de los colectivos profesionales que intervienen en el proceso de información, atención y protección a las víctimas*” y despliega sus efectos en todos los ámbitos afectados por la reforma como puede observarse a lo largo del articulado y en concreto en relación con la Administración de Justicia:

En el art. 20.3, se prevé una formación específica para el ejercicio del turno de oficio que coadyuve al ejercicio profesional de una defensa eficaz en materia de violencia de género.

En el art. 31, la creación en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de unidades especializadas en la prevención de la violencia sobre la mujer y en el control de la ejecución de las medidas judiciales adoptadas.

En la Fiscalía se crea la plaza del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer, como delegado del Fiscal General del Estado (art. 70), así como Secciones especializadas en cada Fiscalía de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales (art. 71).

Y, por último, en la Disposición adicional segunda se prevé la organización de los servicios forenses de modo que cuenten con unidades de valoración forense integral encargadas de diseñar protocolos de actuación global e integral en casos de violencia de género.

#### **V- C. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Reformas orgánicas.**

Tal como señala la Exposición de Motivos desde el punto de vista judicial nos encontramos ante un fenómeno complejo en el que es necesario intervenir desde distintas perspectivas jurídicas y normativas, tanto procesales como sustantivas.

En la debatida cuestión acerca de atribuir determinadas competencias penales a los Juzgados civiles que tramitan procesos de familia o, a la inversa, atribuir competencias civiles a los juzgados del orden penal o, sobre la conveniencia de crear un orden jurisdiccional propio -tal como preveía la Proposición de Ley de 2001- el legislador de 2004, a la hora de articular una respuesta judicial más eficaz a este problema, se inclina por diseñar un nuevo modelo sobre la base de dos premisas, ya mencionadas, una la especialización, otra el tratamiento conjunto de los aspectos penales y civiles de la crisis afectiva en un único órgano judicial a fin de evitar a las víctimas el peregrinaje por distintos Juzgados.

Para ello, de las tres posibilidades anteriormente expuestas la LO 1/2004, apuesta por la creación de Juzgados especializados, integrados dentro del orden penal pero atrayendo competencias civiles en la línea ya iniciada por la Ley reguladora de la orden de protección, si bien no sólo a título preventivo, sino también de fondo.

La nueva estructura judicial impone cambios en la legislación orgánica y procesal que aparecen dispersos en la Ley y que se dejan meramente enunciados en las siguientes líneas, sin perjuicio de que sea necesario volver sobre alguno de ellos al abordar temas concretos.

En materia de organización judicial encontramos diversos preceptos tanto en el texto articulado, como en las disposiciones adicionales y finales y en el Anexo de la Ley.

En orden a la *organización territorial* el art. 43 LO 1/2004 adiciona un art. 87 bis en la Ley Orgánica del Poder Judicial con la siguiente redacción:

*“1.- En cada partido judicial habrá uno o más Juzgados de Violencia sobre la Mujer, con sede en la capital de aquél y jurisdicción en todo su ámbito territorial. Tomarán su designación del municipio de su sede.*

*2.- No obstante lo anterior, podrán establecerse, excepcionalmente, Juzgados de Violencia sobre la Mujer que extiendan su jurisdicción a dos o más partidos dentro de la misma provincia.*

*3.- El Consejo General del Poder Judicial podrá acordar, previo informe de las Salas de Gobierno, que, en aquellas circunscripciones donde sea conveniente en función de la carga de trabajo existente, el conocimiento de los asuntos referidos en el artículo 87 ter de la presente Ley Orgánica, corresponderá a uno de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción en su caso, determinándose en esta situación que uno solo de estos Órganos conozca de todos estos asuntos dentro del partido judicial, ya sea de forma exclusiva o conociendo también de otras materias.*

*4.- En los partidos judiciales en que exista un solo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción será éste el que asuma el conocimiento de los asuntos a que se refiere el artículo 87 ter de esta Ley”.*

Este artículo se completa con las necesarias modificaciones de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial que llevan a cabo los arts. 48, 50, 51, 52 y la Disposición Adicional decimoctava de la LO 1/2004 (Anexo XIII).

A su vez, la Disposición Final cuarta habilita al Gobierno a través del Ministerio de Justicia para adoptar en el plazo de seis meses desde la publicación de la Ley (29.12.04) las medidas necesarias para la implantación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, así como para la adecuación de la estructura del Ministerio Fiscal a las previsiones de aquella.

En desarrollo de tal mandato, el Real Decreto 233/2005, de 4 de marzo, dispone la creación y constitución de 16 Juzgados de Violencia sobre la Mujer, correspondientes a la programación del año 2005, habilita al Consejo General del Poder Judicial para que designe los Juzgados que se encargaran de la materia en régimen de compatibilidad con otras -lo que se ha efectuado por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 27 de abril de 2005- y en relación con aquellos partidos judiciales en que exista un único Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, dispone que será éste el que asumirá el conocimiento de dichos asuntos.

La Disposición Adicional décima LO 1/2004 introduce determinadas modificaciones en la Ley Orgánica del Poder Judicial para acomodarla a la existencia de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer, tales como: la modificación del apartado 1 del art. 87 LOPJ referido a la competencia de los Juzgados de Instrucción; la adición de un nuevo párrafo en el apartado 2, del art. 89 bis LOPJ relativo a la especialización de los Juzgados de lo Penal; la reforma del apartado 1 del art. 210 y la introducción de un nuevo párrafo en el apartado tercero del art. 211 LOPJ para regular el régimen de sustitución de los Jueces encargados de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

La Disposición Adicional duodécima, añade una disposición adicional cuarta a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la que las referencias que se hacen al Juez de Instrucción y al Juez de Primera Instancia en los apartados 1 y 7 del art. 544 ter se entenderán hechas, en su caso, al Juez de Violencia sobre la

Mujer; y las referencias que se hacen al Juez de Guardia en el Título III del Libro IV, y en los arts. 962 a 971 de esta Ley, se entenderán hechas, en su caso, al Juez de Violencia sobre la Mujer.

Por último, la Disposición Final primera, establece que todas las referencias y menciones contenidas en las leyes procesales penales a los Jueces de Instrucción deben también entenderse referidas a los Jueces de Violencia sobre la Mujer en las materias propias de su competencia.

## **VI.-COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER.**

Las reglas relativas a la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se encuentran dispersas en los Capítulos I, II y III del Título V de la LO 1/2004.

Razones metodológicas aconsejan abordar primero la regulación de las competencias de dichos Juzgados en el orden jurisdiccional penal, para estudiar posteriormente las atribuciones propias del orden jurisdiccional civil por venir éstas supeditadas a aquéllas.

### **VI- A. Competencias en el orden penal**

#### **VI.-A.1. Competencia objetiva y funcional**

La competencia objetiva y funcional en el orden penal de los Juzgados de violencia sobre la mujer viene establecida en los arts. 44, 58 y 60 de la LO1/2004, por los que, respectivamente, se adiciona un art. 87 ter en la Ley Orgánica del Poder Judicial, se modifica el art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se introduce un nuevo art. 17 bis en dicha Ley procesal.

El nuevo art. 87 ter LOPJ, al que se hará referencia frecuentemente en este capítulo, está distribuido en cinco apartados y regula tanto la competencia en el orden penal (apartado primero) como la competencia en el orden civil (apartados segundo y tercero). Su apartado cuarto contiene una previsión general de inhibición para el caso de que el Juez de Violencia sobre la Mujer aprecie su incompetencia objetiva y el apartado quinto introduce la prohibición de mediación en estos supuestos, en una cláusula ciertamente ajena al contenido del artículo.

A su vez la modificación del art. 14 LECrim incluye en éste un nuevo apartado quinto relativo a la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer que reproduce el contenido del art. 87 ter.1 LOPJ, adaptando en consonancia los restantes apartados de aquel artículo a las competencias propias de dichos Juzgados en relación con el conocimiento y fallo de las faltas, la instrucción de delitos o el enjuiciamiento y fallo de conformidad de delitos menos graves, así como a la competencia territorial de la Audiencia Provincial (o del Tribunal del Jurado) para el enjuiciamiento de los restantes delitos en el caso de que los haya instruido un Juez de Violencia sobre la Mujer.

La determinación de la competencia objetiva y funcional de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se establece sobre la base de dos presupuestos concurrentes: la clase del delito o falta que constituye el objeto del proceso (criterio *ratione materiae*) y las personas que aparecen como sujeto activo y pasivo de dicha infracción penal (criterio *ratione personae*).

#### VI.-A.1.a). Competencia por razón de la materia:

El criterio seguido por la ley para la determinación de la competencia *ratione materiae* se corresponde con un sistema mixto que comprende junto a un

catálogo de infracciones penales, una cláusula genérica de cierre y determinadas competencias por conexión, que conviene delimitar para no perjudicar el principio de seguridad jurídica.

**1.- Catálogo de delitos. Art. 87 ter 1 a) LOPJ.**

La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se extiende a la instrucción y, en su caso, enjuiciamiento de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a **homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral y contra la libertad e indemnidad sexuales.**

Dicho listado no precisa tipos delictivos concretos (como sucede en la determinación de la competencia del Tribunal del Jurado o de la Audiencia Nacional), sino mediante referencia a aquellos títulos del Código Penal que por tutelar bienes jurídicos de naturaleza personal, en sentido amplio, resultan de más frecuente aplicación en el tratamiento jurisdiccional de la violencia intrafamiliar.

No obstante, es evidente que no todas las figuras delictivas comprendidas en cada uno de aquellos títulos son susceptibles de comisión en el ámbito propio de esta Ley.

Obviamente, no tendrán cabida aquellas infracciones penales cuya configuración típica excluye *ab initio* toda posibilidad de relación con el objeto de la Ley, como ocurre, entre otros, con los delitos imprudentes (arts. 142, 146, 152 y 158 CP), el aborto causado por la propia mujer (art. 145.2 CP), la riña tumultuaria (art. 154 CP), las amenazas contra grupos de población (art. 170 CP) o los atentados contra la integridad moral realizados por autoridad o funcionario público (art. 175 CP). El delito de torturas, inicialmente previsto en el Proyecto de Ley,

acertadamente se excluyó durante la tramitación parlamentaria, dada la cualidad típica de los sujetos activos.

Otras conductas delictivas, son difícilmente imaginables en este ámbito legal, como el aborto con el consentimiento de la mujer (art. 145.1 CP), salvo que pensemos en supuestos de inducción a la mujer por parte de su pareja masculina en el seno de una relación de dominio.

Y, por último, en dichos Títulos del Código Penal se incluyen otros delitos, que sólo pueden tener como sujetos pasivos a menores o incapaces, por lo que tendrán que ir acompañados de actos de violencia de género para que puedan quedar bajo el marco competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer: exhibicionismo (art. 185 CP), provocación sexual (art.186 CP), delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (arts.187, 188.3 y 189 CP), salvo que la mujer -menor de edad o incapaz- fuere o hubiere sido la pareja sentimental del autor.

**2.- *Cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación. Art. 87 ter 1 a) LOPJ.***

En este apartado el legislador establece una cláusula de cierre con la finalidad de que ningún acto de violencia de género escape de la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

El término “violencia”, equivale a *vis physica*, e implica actos de fuerza o agresión sobre la persona, sea el sujeto pasivo del delito, sea un tercero sobre el que se ejerce violencia para coaccionar a aquél. Jurisprudencialmente se ha entendido como equivalente a acometimientos, golpes, empujones, abalanzamientos, forcejeos, tirones o comportamientos físicos análogos (SSTS

1162/2004, de 15 de octubre, 1546/2002, de 23 de septiembre o 449/2000, de 4 de septiembre, entre otras)

La intimidación también constituye un concepto normativo que equivale a *vis moral*, habiéndola interpretado el Tribunal Supremo como sinónimo de causar temor, implicando el empleo de medios coercitivos no físicos, sino psíquicos, capaces de provocar anulación de los resortes defensivos de la víctima, perturbando seria y acentuadamente sus facultades volitivas. En ocasiones puede bastar con la creación de una situación ambiental integrada por una serie de circunstancias que la víctima valore como algo que hace inútil una posible oposición por su parte. Por último, en la intimidación jugarán factores como la constitución física y otras circunstancias personales de agresor y víctima, circunstancias de lugar y tiempo, contexto o ambiente en que se produce la acción (SSTS 1162/2004, de 15 de octubre y 1583/2002, de 3 de octubre, entre otras).

Al amparo de este apartado, la competencia de estos nuevos órganos jurisdiccionales podrá extenderse a todos aquellos tipos penales cuya ejecución vaya acompañada de actos de violencia o intimidación aunque no estén incluidos en los títulos anteriormente mencionados, tales como: allanamiento de morada con violencia o intimidación (art. 202.2 CP), robo violento o con intimidación (art. 242 CP), extorsión (art. 243 CP), robo de uso de vehículo (art. 244.4 CP), usurpación (art. 245 CP), realización arbitraria del propio derecho (art. 455 CP), obstrucción a la Justicia (art. 464 CP), delitos contra los derechos de los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis CP) o contra la libertad de conciencia (art. 522 CP), siempre que estén relacionados con el objeto de la LOMPIVG.

Por último, debe tenerse en cuenta que los delitos relacionados con la violencia psíquica (arts. 153, 173.2 CP, entre otros) pueden venir integrados por conductas inicialmente no incluidas en el ámbito competencial de los Juzgados de

Violencia sobre la Mujer, tales como daños, incendios, injurias, etc., lo que implica que en tales circunstancias dichos Juzgados conocerán de estos otros comportamientos delictivos aún cuando no aparezcan expresamente previstos en la delimitación de su ámbito competencial.

### **3.- Los delitos contra los derechos y deberes familiares. Art. 87 ter 1 b) LOPJ.**

Dicho epígrafe se corresponde con la rúbrica del Capítulo III del Título XII del Libro II CP, que comprende tres secciones, la primera “Del quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono del domicilio”; la segunda “De la sustracción de menores” y la tercera “Del abandono de familia, menores o incapaces”.

En relación con la atribución competencial de los delitos contra los derechos y deberes familiares a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, resulta necesario efectuar algunas precisiones.

En principio, el delito de quebrantamiento de los deberes de custodia (art. 223 CP) quedará fuera de la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer por incompatibilidad de sus exigencias típicas con comportamientos propios de violencia de género, ya que no puede ser cometido en general por los progenitores, ni es aplicable al progenitor en supuestos de separación o divorcio (SAP Alava 152/2002, de 4 de octubre).

De los restantes delitos del Capítulo III los Juzgados de Violencia sobre la Mujer instruirán determinados supuestos de: inducción de menores al abandono de domicilio (art. 224 CP), sustracción de menores (art. 225 bis CP), abandono de menores o incapaces (arts. 229 a 231 CP), utilización de menores o incapaces para la mendicidad (art. 232 CP) o abandono de familia propio (art. 226 CP),

aunque el delito previsiblemente más frecuente, por su mayor incidencia estadística, será el de abandono de familia impropio (art. 227 CP).

Por otra parte, debe abordarse la incidencia que la específica condición de los respectivos sujetos pasivos de dichas infracciones penales puede provocar en la asignación de estos delitos a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Como se habrá observado, salvo los delitos de abandono de familia que veremos a continuación, los demás tipos penales del Capítulo III objeto de examen, requieren como sujeto pasivo, en todo caso, a un menor de edad o a un incapaz. Pese a ello el art. 87 ter.1 b) sólo condiciona la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer cuando se trata de estos delitos a que “la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior” sin precisar si en relación con los delitos cometidos contra los descendientes, menores o incapaces también es indispensable que se haya cometido un acto de violencia de género, presupuesto condicionante de la competencia en tales casos cuando se trata de los delitos de la letra a).

Como se indica *infra* una interpretación sistemática y teleológica de la norma abona la consideración de que también los delitos contra los derechos y deberes familiares cometidos contra descendientes, menores o incapaces del art. 87 ter.1b) LOPJ deberán ir acompañados de actos de violencia de género para tener cabida en el marco competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

En cuanto al delito de abandono de familia propio (art. 226 CP) el tipo penal extiende el círculo de agraviados además de al cónyuge, a los descendientes y ascendientes que se hallen necesitados, pero por imperativo del artículo primero de la LOMPIVG, éstos dos últimos supuestos quedarán fuera del ámbito

competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, salvo que tratándose de descendientes también se haya producido un acto de violencia de género.

El delito de impago de pensiones, con el que el legislador trata de proteger a los miembros económicamente más débiles del cuerpo familiar frente al incumplimiento de los deberes asistenciales del obligado a prestarlos (STS 576/2001, de abril), también puede tener como sujeto pasivo a la mujer que es o ha sido cónyuge, a los hijos, o ambos.

En aquellos casos en que la prestación económica que resulta desatendida tenga por objeto exclusivamente alimentar a los hijos éstos serán los sujetos pasivos, en cuanto titulares de las pensiones alimenticias y del bien jurídico protegido (el derecho familiar a percibir una pensión alimenticia por decisión judicial) aún cuando la madre pueda resultar perjudicada -como perjudicada civil- si ha subvenido con sus propios recursos económicos al mantenimiento de aquéllos y aunque conforme al art. 228 CP resulte legitimada para denunciar el delito mientras los hijos no adquieran la mayoría de edad (SAP Segovia 18/2003, de 18 de junio, SAP Madrid, Sec. 6ª, 412/2003, de 30 de septiembre, SAP Guipúzcoa, Sec. 2ª, 2208/2004, de 18 de noviembre y SAP Tarragona, Sec. 2ª, de 21 de diciembre de 2004). En estos casos, la imputación de un delito de impago de pensiones respecto de los hijos determinará la competencia del Juzgado de Instrucción ordinario, salvo que también se haya producido un acto de violencia de género, en cuyo caso el Juzgado especializado atraerá la competencia para conocer ambos.

**4.- Conocimiento y fallo de las faltas de los títulos I y II del Libro III CP. Art. 87 ter 1 d) LOPJ.**

También en este caso es preciso que la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) del art. 87 ter 1, esto es, quien sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como los descendientes, propios de aquél o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que convivan con el autor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente. Partiendo de la interpretación anteriormente expuesta en relación con los delitos contra los derechos y deberes familiares del art. 87 ter.1b) LOPJ, cuando las faltas del apartado d) de dicho artículo tengan como víctima a un descendiente, menor o incapaz del grupo familiar, deberán ir acompañadas de actos de violencia de género para quedar atribuidas a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

La inclusión en la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de, entre otras, las faltas de injurias y contra el patrimonio cuando en el apartado a) del mismo art. 87.1 LOPJ son objeto de exclusión tanto los delitos contra el patrimonio como los delitos contra el honor, origina algún desconcierto sobre todo si se tiene en cuenta que ambas categorías de infracciones sí aparecen relacionadas en el art. 57 CP al que se refiere el art. 544 bis introducido por la LO 14/1999 de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de protección a las víctimas de los malos tratos.

Si atendemos a los antecedentes prelegislativos de la LOMPIVG, se puede observar como el art. 33 del Anteproyecto de Ley, al regular la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer establecía que éstos “conocerán del conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los Títulos I y II del Libro III del Código Penal, *siempre que se hayan cometido con ocasión de actos de violencia*

*sobre la mujer*". Esta redacción parecía atribuir competencia a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer sobre aquellas faltas que resultasen incidentales a actos de violencia de género, ya que dado el carácter residual de las faltas en este ámbito tras las últimas reformas, no presentarían suficiente entidad para constituir, singularmente consideradas, actos de violencia de género. No obstante el Proyecto de Ley, respondiendo a las observaciones que aconsejaban acotar el sujeto pasivo de dichas faltas en los términos previstos en el número primero del art. 87 ter LOPJ recogió la redacción definitivamente aprobada.

En relación con las faltas contra las personas (Título I), hay que tener en cuenta que tras las últimas reformas del Código Penal (LO 11/2003 y LO 1/2004) las únicas infracciones penales susceptibles de comisión "contra quien sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia" que subsisten como falta son: la vejación injusta y la injuria leve (art. 620 CP) y en determinadas condiciones (esto es, si se producen en un contexto de violencia de género) el incumplimiento de obligaciones familiares (art. 618.2 CP), la dejación de los deberes de asistencia (art. 619 CP), y la infracción del régimen de custodia (art. 622 CP).

La falta de omisión de auxilio a menor o incapaz que se encuentra abandonado (art. 618.1 CP) resulta de imposible aplicación en el ámbito de esta Ley atendidas las exigencias típicas de aquella, al igual que sucede con las infracciones imprudentes incriminadas en el art. 621 CP.

Por lo que respecta a las faltas contra el patrimonio (Título II): eventualmente la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer podrá alcanzar algún supuesto de daños (art. 625 CP) o más difícilmente de hurto, utilización ilegítima de vehículo a motor o ciclomotor, estafa o apropiación indebida (art. 623 CP), pero resulta casi imposible relacionar la violencia de género con las faltas de defraudación de energía (art. 623), alteración de lindes o

distracción de aguas (art. 624 CP). En todo caso deberá tenerse en cuenta la aplicabilidad de la excusa absoluta del artículo 268 del CP, extensible según el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de la Sala 2ª de 1 de marzo de 2005 a las parejas de hecho.

**5.- De la adopción de la orden de protección sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de guardia. Art. 87 ter 1 c) LOPJ**

Dispone el nuevo art. 87 ter.1 c) LOPJ (art. 44 LOMPIVG) que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán de la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de guardia. En idéntico sentido se pronuncia el nuevo art. 14.5 c) LECrim (art. 58 LOMPIVG). El art. 87.f LOPJ modificado por la Disposición Adicional décima LO 1/2004, al regular las competencias del Juzgado de Instrucción, le atribuye la adopción de la orden de protección a las víctimas de violencia sobre la mujer cuando esté desarrollando funciones de guardia, *siempre que no pueda ser adoptada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer*.

El art. 62 LOMPIVG establece que “recibida la solicitud de adopción de una orden de protección, el Juez de Violencia sobre la Mujer, y en su caso el Juez de guardia, actuarán de conformidad con lo dispuesto en el art. 544 ter LECrim”.

La Disposición Adicional decimosegunda LOMPIVG añade una Disposición Adicional cuarta a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según la cual “las referencias al Juez de Instrucción y al Juez de Primera Instancia en los apartados 1 y 7 del art. 544 ter de esta Ley, en la redacción dada por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica se entenderán hechas, en su caso, al Juez de Violencia sobre la Mujer”.

Los anteriores preceptos permiten concluir, sin lugar a dudas, que la competencia objetiva para resolver las solicitudes de adopción de las órdenes de protección referidas a las víctimas de infracciones penales cuya instrucción sea competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer corresponde asimismo a dichos Juzgados.

No obstante, la necesidad de priorizar la resolución de la orden de protección -dada las razones de urgencia que la informan- con independencia de cuál sea el momento o el lugar en que se solicite, motiva la habilitación de otros órganos jurisdiccionales para conocer de aquellas solicitudes en determinados supuestos.

Por esta razón el Juez de Instrucción de guardia (vid. *infra* VI.A.4 sobre actuación del Juez de guardia) será competente para conocer de las solicitudes de orden de protección, además de cuando los posibles beneficiarios, pese a estar incluidos en el art. 173.2 CP (al que se remite el apartado primero del art. 544 ter LECrim) no se reputen víctimas de violencia de género conforme al artículo 1 LOMPIVG, cuando tratándose de una víctima de violencia de género, sea solicitada fuera de las horas de audiencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer o en un partido judicial distinto al competente territorialmente.

Con relación al Juzgado de Violencia sobre la Mujer territorialmente competente para dictar la orden de protección a favor de las víctimas de la violencia de género, rige la regla general del domicilio de la víctima prevista en el art. 15 bis LECrim -adicionado por el art. 59 LOMPIVG- si bien el propio art. 15 bis añade “sin perjuicio de la adopción de la orden de protección, o de medidas urgentes del art. 13 de la presente Ley que pudiera adoptar el Juez del lugar de comisión de los hechos.” Este último inciso se está refiriendo, obviamente, al caso de que el lugar de comisión de los hechos y el del domicilio de la víctima no coincidan y exige un par de puntualizaciones:

En primer lugar, aunque la Ley no lo diga expresamente, por Juez del lugar de comisión de los hechos hemos de entender el Juez de guardia, ya que en ambos casos se trata de medidas de carácter urgente e inaplazable que deben ser adoptadas por un Juez que no es el territorialmente competente para conocer del asunto y el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de ese partido judicial - recuérdese que no nos estamos refiriendo al competente por razón del territorio- no desempeña funciones de guardia aunque se encuentre en horas de audiencia, así se deduce del art. 54.2 LOMPIVG que en relación con la regularización de detenidos (que es la otra actuación urgente e inaplazable que se encomienda al Juzgado de guardia de entre las que la Ley atribuye a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer) dispone que serán puestos a disposición del Juzgado de Instrucción de guardia *cuando no sea posible la presentación ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente*; así como de las referencias del art. 544 ter.4 LECrim al Juez de guardia y del art. 40.1 del Reglamento de Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales cuando dispone que constituye el objeto del servicio de guardia... la realización de las primeras diligencias de instrucción criminal que resulten procedentes, entre ellas las *medidas cautelares de protección a la víctima*.

En segundo lugar, aún cuando el art. 15 bis LECrim solo prevé la adopción de la orden de protección por el Juez de Violencia sobre la Mujer competente o, en su caso, por el Juez del lugar de comisión de los hechos, ha de tenerse en cuenta que el mismo criterio de celeridad obliga a matizar tal afirmación en aquellos casos en que la orden es solicitada en un tercer partido judicial. Piénsese en el supuesto de que la mujer es agredida por su marido en el lugar donde están pasando las vacaciones y aquélla, atemorizada, en vez de regresar al domicilio conyugal se dirige al domicilio de sus padres en una tercera población donde solicita la orden de protección. En estos casos, las propias razones de urgencia

inherentes a tal medida cautelar, imponen que sea el Juez de guardia del lugar donde se efectúa la solicitud el que deba resolver.

Así se deduce, por otra parte, del párrafo segundo del número 3 del art. 544 ter LECrim -que no ha sido modificado por la LOMPIVG- cuando dispone que “... en caso de suscitarse dudas acerca de la competencia territorial del Juez, deberá iniciar y resolver el procedimiento para la adopción de la orden de protección el Juez ante el que se haya solicitado ésta, sin perjuicio de remitir con posterioridad las actuaciones a aquel que resulte competente”.

Y así lo ha entendido el Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la Protección de las Víctimas de Violencia de Género y Doméstica modificado en fecha 8 de junio de 2005.

Así mismo, el detenido si lo hubiere, deberá ser puesto a disposición del Juzgado de guardia del lugar de la detención, como se deduce de los arts. 13, 15 bis y 797 bis.2 LECrim.

#### VI.-A.1.b). Competencia por razón de las personas.

El marco competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer viene determinado por un segundo criterio, recogido en el art. 87 ter. 1 LOPJ y 14.5 LECrim, referido a la condición de las personas que deben aparecer como sujeto activo y pasivo del hecho que da lugar al procedimiento penal. Dicho criterio es complementario del examinado en el apartado anterior y en su virtud será preciso que además de tratarse de alguno de los delitos o faltas anteriormente mencionados, aparezca como víctima *quien sea o haya sido cónyuge o quien esté o haya estado ligado al autor por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, así como los descendientes propios o de la esposa o conviviente, o*

*sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.*

La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer no se extiende, por tanto, como se ha dicho reiteradamente, a todos los procesos penales por delitos o faltas cometidos contra los sujetos pasivos previstos en el art. 173.2 CP, sino sólo respecto de determinados delitos y faltas en los que entre sujeto pasivo y activo existan los siguientes vínculos:

#### **1.- Sujeto pasivo:**

*.-La mujer que sea o haya sido cónyuge o esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia.* En este último caso deberá existir una cierta estabilidad o vocación de permanencia en la relación sentimental, quedando excluidas las relaciones de mera amistad, o los encuentros coyunturales o esporádicos (SAP Barcelona 2ª 291/2004, de 15 de marzo).

En segundo lugar, y a condición de que la mujer también haya sido víctima de actos de violencia de género, podrán ser sujetos pasivos otras personas del círculo familiar o afectivo, tales como:

*.-Los descendientes propios del agresor o de la esposa o conviviente:* puede tratarse, por tanto, de varones o hembras, con independencia de su edad y sin limitación de grado. No se incluyen los descendientes de las ex esposas, ex convivientes o novias, pero sí los descendientes de la esposa aunque no haya convivencia entre los cónyuges por encontrarse separados legalmente o de hecho. Cumplidos tales requisitos, no se exige que el descendiente conviva con el agresor o con la esposa o conviviente, resultando aplicable en este punto el

pronunciamiento de la Circular 4/2003, *sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica*.

- *Los menores o incapaces que convivan con el autor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente*: en este caso los menores o incapaces han de convivir con el agresor o, aún no conviviendo con él, hallarse sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa -la cual puede no convivir con el agresor como acabamos de decir- o conviviente -este término, por el contrario, implica que la mujer debe vivir necesariamente con el autor-. Por lo demás, no todos los supuestos exigen que el menor o incapaz deba convivir con la mujer. Esta circunstancia vendrá implícita en casos de acogimiento o guarda de hecho, pero puede no concurrir respecto de los sometidos a su potestad, tutela o curatela.

En cuanto a los pupilos e incapaces no es necesaria una relación de parentesco, y conforme a lo dispuesto en el art. 25 CP respecto de estos últimos, tampoco la declaración judicial de incapacidad.

En lo que respecta a los conceptos de pupilo, potestad, tutela, curatela y acogimiento, habrá que estar a lo dispuesto en los artículos del Código Civil relativos a las relaciones paterno-filiales (arts. 154 y ss), tutela, curatela y guarda de los menores o incapacitados (art. 215 y ss) y a la guarda y acogimiento de menores (art.172 y ss).

El criterio de atribución *rationae personae* en función de los sujetos pasivos, suscita algunas cuestiones que precisan ser interpretadas:

a).- Operatividad de la cláusula condicional "*cuando también se haya producido un acto de violencia de género*" que la Ley utiliza en la letra a) del art.

87 ter LOPJ para determinar la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en relación con las conductas ilícitas dirigidas contra descendientes, menores o incapaces.

Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán en principio de determinados delitos y faltas cometidos contra la mujer y sólo extenderán su competencia a los cometidos contra descendientes, menores o incapaces del círculo familiar “*cuando también se haya producido un acto de violencia de género*”. Esta expresión, obviamente, determina la exigencia de que las infracciones penales cometidas contra los menores, etc., estén vinculadas a actos de violencia de género previos o simultáneos para entrar en el ámbito competencial de los Juzgados especializados. Vinculación que será puesta de manifiesto por las circunstancias de todo tipo que concurren en el caso concreto, y no sólo por la unidad de acto, ya que en situaciones de violencia habitual, bastará con que los actos dirigidos contra los menores, etc., se enmarquen en el contexto de maltrato contra la mujer, aunque no coincidan en el tiempo, siempre que se mantengan dentro del marco temporal al que se circunscribe la situación de violencia de género.

De modo que las agresiones contra los descendientes, menores o incapaces serán competencia del Juzgado de Instrucción ordinario si constituyen actos aislados y del Juzgado de Violencia sobre la Mujer si van unidas a actos de violencia de género.

b).-En relación con las *competencias previstas en el apartado b) -delitos contra los derechos y deberes familiares- y en el apartado d) -faltas- del art. 87 ter.1 LOPJ*, como se adelantaba *supra*, la ley guarda silencio acerca de si también es preciso que se produzca un acto de violencia de género cuando la víctima sea descendiente, menor o incapaz, al igual que se exige en el apartado a) para que tenga competencia el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

Por lo que respecta a las faltas dicha cuestión apenas tiene trascendencia, dado su carácter residual, pero en relación con los delitos contra los derechos y deberes familiares cobra importancia ya que casi todos ellos exigen como sujeto pasivo a un menor o incapaz.

Pues bien, parece lógico entender que también estas conductas habrán de estar relacionadas con situaciones de violencia de género, aunque tal circunstancia no se mencione expresamente en los apartados b) y d) del art. 87 ter LOPJ (y 14.5 LECrim) ya que otra interpretación conduciría a la paradoja de atribuir al Juzgado de Violencia sobre la Mujer la competencia para conocer, sin restricción alguna, de tales delitos y faltas siempre que fuera sujeto pasivo alguna de las personas comprendidas en dichos grupos (descendientes, menores o incapaces), mientras que los delitos relacionados en el apartado primero -los de mayor gravedad- precisarían ir en todo caso unidos a actos de violencia de género.

Otra cuestión relacionada con las letras b) y d) del art. 87 ter 1 LOPJ es la que plantea la interpretación del término “víctima” empleado en aquéllas -*“cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado”*- al atribuir competencia al Juzgado de Violencia sobre la Mujer para la instrucción de los delitos contra los derechos y deberes familiares y del conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los Títulos I y II del Libro III. En principio por tal ha de entenderse la mujer que es o ha sido pareja del agresor y los descendientes, menores o incapaces de su entorno familiar cuando también se haya producido un acto de violencia de género, como acabamos de exponer.

Pero, como es sabido, el concepto de víctima es utilizado en ocasiones como sinónimo de ofendido o perjudicado. No obstante, a efectos de determinación de la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer ha

de tomarse en sentido estricto, como referido al titular del bien jurídico protegido por la norma penal transgredida o sujeto pasivo del delito o falta, esto es, la persona que soporta directamente la acción delictiva, por recaer de modo inmediato y directo sobre su persona u otros bienes jurídicos atacados. Otro entendimiento más amplio, que incluyese además a aquellas personas que, sin ser los titulares del bien jurídico protegido, experimentasen un daño moral o patrimonial como consecuencia del delito (incluyendo a los perjudicados) supondría una interpretación extensiva discordante con la atribución competencial del art. 87 1 a) LOPJ que exige que los delitos sean cometidos *contra* la esposa o mujeres asimiladas o *sobre* los descendientes, menores o incapaces.

Cuestión distinta será que tanto al ofendido como al perjudicado se les ha de efectuar el ofrecimiento de acciones y permitir su entrada en el proceso penal, a fin de que puedan ejercitar su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, compareciendo como partes acusadoras o civiles en orden a sostener la pretensión penal y civil dimanante del delito.

c).- Por último, la delimitación de la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en función de la especial condición de las víctimas de los comportamientos violentos plantea los siguientes *exponentes de pluralidad delictiva* -frecuentes en la práctica diaria- de difícil tratamiento procesal desde una interpretación apegada al tenor literal de la norma y para cuya solución ha de acudir a la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, o a la lógica jurídica que informa los Principios Generales del Derecho:

.- Violencia ejercida sobre la mujer y otros sujetos pasivos no comprendidos en el art. 87 ter.1 LOPJ.

La LOMPIVG no establece regla alguna acerca del órgano judicial objetiva y territorialmente competente en aquellos supuestos en los que, además de ser

víctima la mujer, aparezcan como sujetos pasivos otras terceras personas no comprendidas entre los descendientes, menores o incapaces del entorno de aquélla, únicas categorías que aparecen expresamente previstas en el art. 87 ter LOPJ. Entre esos terceros podrán encontrarse tanto personas totalmente ajenas al ámbito familiar de la mujer (vecinos, compañeros de trabajo, agentes de policía, etc.), o lo que será más habitual, otras personas del círculo familiar también comprendidas en el apartado segundo del art. 173 CP (ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios del agresor o de la esposa o mujer conviviente).

La exclusión de la causa de conexidad del art. 17.5 LECrim en la regulación de la competencia por conexión de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (vid. *infra*), impone que los supuestos de simple coincidencia temporal de delitos individualizados y diferentes cometidos contra la mujer y estas otras personas, incluso unidas al autor por los vínculos descritos en el art. 173.2 CP, deban tramitarse separadamente ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer y ante el Juzgado de Instrucción ordinario, respectivamente, pero en ocasiones, el tratamiento unitario de determinados fenómenos de pluralidad delictiva y la acumulación prevista en el art. 300 LECrim constituirá una verdadera obligación procesal, bien porque afecta a la continencia de la causa -constituida por los elementos comunes a los enjuiciamientos de los distintos delitos- bien por su trascendencia sobre la calificación jurídica que en su momento haya de efectuarse (ATS 17.12.01). Así ocurrirá con la posibilidad de aplicar en relación con los hechos realizados contra diferentes sujetos pasivos del círculo familiar de forma sucesiva en el tiempo la existencia de un delito de violencia física o psíquica habitual del art. 173.2 CP, ya que conforme al apartado tercero de ese mismo artículo, para apreciar la habitualidad ha de atenderse al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, *con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas* de las comprendidas en este artículo.

Por tanto, en los supuestos de delito de violencia habitual, cuando la nota de la habitualidad dependa, además de la agresión a la mujer, de la acreditación de otras agresiones a hermanos o ascendientes en los términos previstos en el art. 173.2 CP, los Sres. y Sras. Fiscales interesarán la acumulación de los eventuales procedimientos incoados por estas últimas ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, si no hubieran concluido la fase de instrucción, a fin de que los hechos sean enjuiciados en un mismo proceso y resueltos en la misma sentencia.

En el supuesto de que la agresión contra la mujer y los ascendientes o hermanos u otras terceras personas ajenas al círculo familiar se produzca simultáneamente, los Sres. y Sras. Fiscales, cuando no sea posible el enjuiciamiento separado sin romper la continencia de la causa por tratarse de hechos indisociables (p.ej. marido que provoca el incendio del domicilio familiar en el que fallecen además de su mujer otros vecinos del inmueble) informarán a favor de la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer para conocer de los hechos por obvias razones de especialización.

.- Agresiones mutuas entre hombre y mujer que son o han sido pareja.

Tampoco se pronuncia expresamente la nueva legislación acerca de qué Juzgado será el competente cuando concurren denuncias cruzadas por agresiones mutuas y simultáneas entre los miembros de la pareja. ¿Ha de quedar en tales casos el varón sometido al Juzgado de Violencia sobre la Mujer y la mujer al Juzgado de Instrucción ordinario?.

En este punto, deben tenerse en cuenta, como advierten los pronunciamientos de la Sala 2ª en relación con supuestos de acometimientos recíprocos, que seguramente se planteará en el debate el problema de la

antijuridicidad, bajo el alegato de la legítima defensa, y que su valoración dependerá de si uno fue agresor y otro agredido (*animus defendendi*), o de si las acciones de uno eran necesarias para impedir las del otro (*necessitas defensionis*) -SSTS 231/2004, de 26 de febrero y de 17.10.01-, o de si los recíprocos acometimientos pueden ser considerados como una situación de riña mutuamente aceptada, excluyente de la posibilidad de invocar la legítima defensa (SSTS 362/2004, de 17 de junio, 1186/2003, de 12 de septiembre, 149/2003, de 4 de febrero).

En materia de faltas conexas a delitos, la propia LO 1/2004 admite la posibilidad de enjuiciamiento conjunto en determinados casos, ya que conforme al art. 14.3 LECrim (modificado ex art. 58 LOMPIVG), el Juzgado de lo Penal correspondiente a la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer que hubiera instruido la causa será competente para el conocimiento y fallo de las faltas, sean o no incidentales, imputables a los autores de los delitos de que conozcan o a otras personas -por tanto también estará incluida la propia mujer si con ocasión de la mutua agresión comete un hecho constitutivo de falta- cuando la comisión de la falta o su prueba estuviera relacionada con dichos delitos, sin perjuicio de la competencia del Juez de Violencia sobre la Mujer para dictar sentencia de conformidad, cuando proceda.

Igual previsión de acumulación de hechos punibles en un solo procedimiento contiene el art. 781.1 LECrim, que no ha sido objeto de modificación por la LO 1/2004, en relación con el procedimiento abreviado, cuando extiende el enjuiciamiento de las faltas que, aun siendo incidentales, se imputen a los autores de los delitos, o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionadas con tales delitos.

Pero, ¿cabrá tal acumulación también cuando la conducta de ambos sea constitutiva de delito? Téngase en cuenta que, tras las últimas reformas legales

en este ámbito de la criminalidad, pocas serán las conductas punibles que no sean constitutivas de delito.

La posibilidad de actuar en la doble condición de acusado y acusador ha sido puesta de manifiesto en el Acuerdo de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1998, que admite, con carácter excepcional, la posibilidad de que una misma persona asuma la doble condición de acusador y acusado en un proceso en el que se enjuician acciones distintas enmarcadas en un mismo suceso, cuando, por su relación entre sí, el enjuiciamiento separado de cada una de las acciones que ostentan como acusados y perjudicados, produjese la división de la continencia de la causa, con riesgo de sentencias contradictorias, y siempre que así lo exija la salvaguarda del derecho de defensa y de la tutela judicial efectiva. Criterio recogido en las SSTS 1178/1998, de 10 de diciembre, 363/2004, de 17 de marzo, 231/2004, de 26 de febrero, 1144/2003, de 6 de noviembre, 1978/2001, de 26 de octubre y ATS 19.9.00, entre otras.

Por tanto, en aplicación de la anterior doctrina, cuando concurra una íntima relación entre las mutuas agresiones de modo que el enjuiciamiento separado produciría la quiebra de la continencia de la causa con riesgo de sentencias contradictorias, resulta obligado asignar la competencia a uno u otro órgano jurisdiccional, que en este caso será al Juzgado de Violencia sobre la Mujer por concurrir los requisitos del art. 87 ter LOPJ.

## **2.- Sujeto activo.**

Sujeto activo de la infracción penal y, por tanto, sujeto pasivo del proceso penal, ha de ser siempre el hombre que se encuentra incurso en una de las relaciones típicas. Aunque en la práctica no suele ser frecuente que intervengan extraños a la relación sentimental, ello no impide que puedan participar éstos, incluso mujeres, en concepto de coautores, inductores, cooperadores o

cómplices. En estos casos la intervención del marido, novio, etc., será determinante del sometimiento de todos los imputados al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, ya que se trata de conductas indisociables, respondiendo todos ellos de un mismo delito de violencia de género (mismo título de imputación).

VI.-A.2. Inadmisión de la pretensión por parte del Juez de Violencia sobre la Mujer cuando notoriamente los actos no son constitutivos de violencia de género.

En relación con la atribución de competencias al Juzgado de Violencia sobre la Mujer el apartado 4º del nuevo art. 87 ter LOPJ (art. 44 LOMPIVG) contiene la siguiente previsión “cuando el Juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente”.

Se entenderá que no constituyen expresión de violencia de género aquellos supuestos de hecho en los que se aprecie alguna o varias de las siguientes circunstancias:

.- Cuando no se trate de una infracción penal propia del ámbito competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (art. 87 ter LOPJ) en los términos expuestos en el apartado VI.A.1. de esta Circular (p.ej., delito de estafa del autor a su ex mujer).

.- Cuando no concurra la especial relación y condición en los sujetos activo y pasivo de la violencia (p.ej. violencia entre hermanos). Quedan excluidas por ello, tanto las agresiones del hombre sobre otras mujeres de su círculo afectivo ya sea madre, hermana, hija -salvo que en este caso vayan acompañadas de actos de violencia de género- etc., como las que pueda llevar a cabo la mujer sobre sus parientes sean femeninos o masculinos.

.- Cuando el comportamiento esté plenamente desvinculado de la específica relación sentimental de pareja presente o pasada y en consecuencia no sea predicable el prevalimiento por parte del hombre de la situación de superioridad que pueda proporcionarle dicha relación. Téngase en cuenta que el objeto de la LOMPIVG es la protección de la mujer frente a las agresiones sufridas como consecuencia de una relación afectiva de pareja, por tanto, en los supuestos, ciertamente excepcionales, en que el hecho no traiga su causa precisamente de esa específica relación, pues se habría producido aún cuando la misma nunca hubiera existido (v.gr. cuando la conducta agresiva se inscribe en el contexto de una mala relación empresarial o laboral entre los miembros de una pareja extinguida hace años, etc.) la tutela especial de esta Ley no será aplicable. No obstante, debe recordarse que el legislador entiende que la manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se encuentra latente cuando tienen lugar determinadas infracciones penales entre los sujetos mencionados, por lo que ha querido -como se deduce de la elección de la expresión “*de forma notoria*”- que el Juez de Violencia sea el competente para conocer en el ámbito penal y, por tanto, también en el civil relacionado con aquél, de las causas en que tal circunstancia no aparezca nítidamente descartada.

En relación con esta cuestión debe tenerse en cuenta, que en relación con el delito del 153 CP (redacción LO 10/1995), ya las SSTS 20/2002, de 22 de enero o 355/2003, de 11 de marzo, recordaban cómo la especial relación que ha de existir entre sujeto activo y pasivo *constituye la razón del tipo* o cómo, tras la reforma operada en dicho delito por la LO 14/1999, abarca a situaciones en las que la convivencia ya no existe pero la agresión se produce *en contemplación a aquélla*.

Tal previsión de inhibición, en definitiva, no es sino concreción del deber general que los órganos del orden jurisdiccional penal tienen de examinar de oficio su propia competencia, ya sea objetiva, funcional o territorial en atención al carácter *ius cogens* de las normas reguladoras, no sólo de la jurisdicción, sino también de la competencia en dicho orden jurisdiccional (art. 8 LECrim y 9.6 LOPJ).

VI.-A.3. Conocimiento y fallo de las causas seguidas por el procedimiento de enjuiciamiento rápido.

A diferencia de su redacción originaria, el texto aprobado definitivamente atribuye a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer -según la nueva redacción del art. 14.3 LECrim- competencia objetiva y funcional para la tramitación de juicios rápidos y el enjuiciamiento y fallo de delitos ex art. 801 de dicha Ley procesal, así como para conocer de las faltas inmediatas, evitando de este modo que un importante porcentaje de infracciones penales relacionadas con la violencia de género queden fuera del conocimiento de los órganos judiciales especializados en este fenómeno delictivo.

Para que sea aplicable la sustanciación acelerada ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer deberán concurrir además de los criterios de atribución competencial *ratione materiae* y *ratione personae* anteriormente expuestos, las restantes condiciones exigidas para la tramitación de la causa por los cauces del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos o faltas.

Recuérdese que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé dicho procedimiento, entre otros, para los delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual (art. 795.1.2ª) y las faltas de los arts. 617 y 620 CP (art. 962 LECrim) cometidas contra las personas a que se refiere el art. 173.2 CP.

Ciertamente, la inmediatez en la respuesta penal constituye un valor especialmente deseable en el tratamiento jurisdiccional de la violencia doméstica y de género, tanto por razones de prevención especial, como de protección y seguridad de las víctimas. No obstante, debe traerse a colación la conclusión alcanzada en este punto en el Seminario de Fiscales de Violencia Doméstica celebrado en noviembre de 2004, expresiva de una preocupación generalizada en las Fiscalías, en el sentido de que tales delitos sólo deben enjuiciarse por el procedimiento de las diligencias urgentes cuando ello no comporte renunciar a medios de prueba que resulten de interés para un mejor conocimiento de la realidad, debiendo primar la búsqueda de la verdad material sobre la rapidez.

A fin de adaptar la tramitación de los juicios rápidos y faltas inmediatas a la peculiaridad de unos Juzgados, como los de Violencia sobre la Mujer, que no realizan servicios de guardia, la LOMPIVG prevé determinadas especialidades en sus artículos 54 y 56, pero mantiene la competencia exclusiva del Juzgado de Violencia sobre la Mujer para la instrucción y, en su caso, fallo de los procedimientos rápidos referidos a violencia de género, aún cuando el detenido hubiera sido puesto a disposición del Juzgado de guardia. De modo que, el Juzgado de Instrucción de guardia nunca será competente para tramitar juicios rápidos ni, por tanto, dictar sentencias de conformidad en este ámbito. A tal efecto la Disposición Adicional duodécima LOMPIVG, añade una Disposición Adicional cuarta a la Ley de Enjuiciamiento Criminal según la cual “las referencias que se hacen al Juez de guardia en el título III del Libro IV (“Del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos”, y en los artículos 962 a 971 (faltas inmediatas) de esta Ley, se entenderán hechas, en su caso, al Juez de Violencia sobre la Mujer.”

Dispone el art. 54 LO 1/2004, en relación con las diligencias urgentes, que han de tramitarse y, en su caso, fallarse en días hábiles y horas de audiencia,

para lo cual la Policía Judicial habrá de realizar las citaciones a que se refiere el art. 796 LECrim ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer el día hábil más próximo, entre aquellos que se fijen reglamentariamente. No obstante el detenido -obsérvese que se está refiriendo exclusivamente a los detenidos por hechos delictivos que siguen los trámites del juicio rápido- si lo hubiere, habrá de ser puesto a disposición del Juzgado de Instrucción de guardia, a los solos efectos de regularizar su situación personal, *cuando no sea posible la presentación ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente.*

A tal efecto, y de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Final 4ª.2 LOMPIVG, por Acuerdo Reglamentario 1/2005 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 27 de abril de 2005 se ha procedido a la modificación del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, a fin de coordinar tanto la realización de las citaciones que deben ser efectuadas por la Policía ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (art. 47.1: “...Tratándose de Juzgado de Violencia sobre la Mujer las franjas horarias que se reserven -para las citaciones que la Policía Judicial realice- comprenderán únicamente los días laborables y las horas de audiencia; las citaciones se señalarán para el día hábil más próximo, y si éste no tuviere horas disponibles, el señalamiento se hará para el siguiente día hábil más próximo...”), como de señalamientos para juicios orales entre Juzgados de guardia, Juzgados de Violencia sobre la Mujer, Juzgados de lo Penal y Fiscalías de las Audiencias Provinciales (art. 47.2: “El Juzgado de Instrucción en servicio de guardia que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 54.2 de la LO 1/2004 haya de resolver sobre la situación personal del detenido por hechos cuyo conocimiento corresponda al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, citará a éste para comparecencia ante dicho Juzgado en la misma fecha para la que hayan sido citados por la Policía Judicial la persona denunciante y los testigos, en caso de que se decrete su libertad. En el supuesto de que el detenido sea constituido en

prisión, junto con el mandamiento correspondiente, se libraré la orden de traslado al Juzgado de Violencia sobre la Mujer en la fecha indicada”).

En relación con las faltas inmediatas el art. 56 LOMPIVG adiciona un nuevo apartado en el art. 962 LECrim, conforme al cual la Policía Judicial habrá de realizar las citaciones a que se refiere este artículo ante dicho Juzgado en el día hábil más próximo. Para la realización de las citaciones ante referidas, la Policía Judicial fijará el día y la hora de la comparecencia coordinadamente con el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

A tal efecto el art. 47.3 del Reglamento de Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales (modificado por el mencionado Acuerdo de 27 de abril de 2005) establece “En los casos en que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 965.2 LECrim, los Juzgados de Instrucción en servicio de guardia ordinaria deban realizar directamente los señalamientos para la celebración de juicio de faltas ante otros Juzgados de Instrucción del mismo partido judicial, por no corresponderles su enjuiciamiento, dicho señalamiento se realizará para días laborables y horas de audiencia, en la fecha más próxima posible dentro de las predeterminadas por los Juzgados de Instrucción”.

VI.-A.4. Actuación del juzgado de instrucción a prevención y por sustitución del Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

Dispone el recién reformado art. 40.1 del Reglamento 5/1995 que las actuaciones urgentes o inaplazables, de entre las que la Ley atribuye a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, deberán practicarse por el Juzgado de Instrucción de guardia quien remitirá en el día hábil más próximo lo actuado al Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

Entre esas actuaciones urgentes el Juzgado de guardia deberá instruir las *primeras diligencias* del art. 13 LECrim (consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer... recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente... detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito... proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el art. 544 bis o la orden de protección prevista en el art. 544 ter) es decir, únicamente aquellas medidas preventivas que resulten indispensables para asegurar la instrucción sumarial y la protección de los perjudicados. Concluidas las primeras diligencias el Juez de guardia habrá de inhibirse en el conocimiento del asunto, remitiendo las actuaciones al Juzgado de Violencia sobre la Mujer que deba conocer el proceso.

Dos cuestiones habrán de ser principalmente resueltas por el Juzgado de Instrucción de guardia, una la regularización de la situación personal de los detenidos cuando no sea posible la presentación ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer en horas de audiencia, y otra la adopción de las ordenes de protección cuando las solicitudes se presenten fuera de dicho horario. En caso de que no fuera posible celebrar la comparecencia prevista en el art. 544 ter por algún motivo, tal como la imposibilidad de asistencia justificada de alguna de las partes o por encontrarse el denunciado en ignorado paradero, el Juez de guardia, tras adoptar, en su caso, las medidas de carácter urgente que resultaren precisas para la protección de la víctima, remitirá lo actuado al Juzgado de Violencia sobre la Mujer competente.

Así dispone el art. 40.4 del citado Reglamento que “será objeto del servicio de guardia la regularización de la situación personal de quienes sean detenidos por su presunta participación en delitos cuya instrucción sea competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la resolución de las solicitudes de adopción de las órdenes de protección de las víctimas de los mismos, siempre

que dichas solicitudes se presenten y los detenidos sean puestos a disposición judicial fuera de las horas de audiencia de dichos Juzgados. A estos efectos, el Juez de Instrucción que atienda el servicio de guardia actuará en sustitución del correspondiente Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Adoptada la decisión que proceda, el Juez de Instrucción en funciones de guardia remitirá lo actuado al órgano competente y pondrá a su disposición, en su caso, al detenido o al imputado” (art. 40.4 Reglamento 5/1995).

## Habeas Corpus

La LO 1/2004 no contiene ninguna previsión específica acerca del órgano jurisdiccional competente para el conocimiento de las solicitudes de *habeas corpus* de los detenidos por actos de violencia de género, pese a que su Disposición Adicional décima modifica el apartado 1 del art. 87 LOPJ a fin de adaptarlo a la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, por lo que ha de entenderse que sigue atribuida a los Jueces de Instrucción del lugar en que se encuentre la persona privada de libertad, del lugar en que se produzca la detención o el de donde se tuvieron las últimas noticias de su paradero, conforme a los arts. 87.1.d) LOPJ y 2 de la LO 6/1984, de 24 de mayo.

### VI.-A.5. Competencia territorial

De los asuntos criminales relativos a violencia de género debe conocer el Juez del domicilio de la mujer víctima de los hechos según dispone el nuevo artículo 15 bis LECrim (adicionado por el art. 59 de la LO 1/2004) “En el caso de que se trate de algunos de los delitos o faltas cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima...”

La determinación de la competencia territorial en atención al domicilio de la víctima, supone una excepción a las normas generales del *forum delicti commissi* derivada del principio de protección integral de la mujer que informa la Ley, con la finalidad -ya buscada en el art. 771 de la LEC con relación a las medidas provisionales previas- de allanar al máximo la denuncia o la solicitud de medidas por quien las necesite, facilitando a la víctima el acceso a la tutela prevista en la Ley mediante el acercamiento del órgano competente. Gráficamente se ha dicho que con tal medida se pretende acercar la Administración de Justicia a las necesidades de la víctima en lugar de invitar a la víctima a acercarse a la Administración de Justicia.

No obstante, el nuevo art. 15 bis LECrim contempla *dos excepciones* al fuero del domicilio, atribuyendo competencia al Juez del lugar de comisión de los hechos para "... la adopción de la orden de protección o de medidas urgentes del artículo 13 de la presente Ley ...". A lo que se debe añadir la salvedad derivada de la competencia del Juez de guardia ante el que se solicite una orden de protección para resolver la misma, aunque no sea ninguno de los dos anteriores, conforme a lo establecido en el art. 544 ter.3 LECrim que no ha sido objeto de modificación. En este sentido la Circular 3/2003 de la Fiscalía General del Estado instaba a los Sres. y Sras. Fiscales a dictaminar a favor de la resolución de la orden de protección por el Juez de guardia ante el que se presentase la solicitud, en tanto que primeras diligencias, sin perjuicio de la posterior remisión de los autos resolviendo la orden de protección al que resultare finalmente competente para conocer de la causa.

En el estudio del nuevo criterio competencial los problemas atinentes a la determinación del lugar de comisión del hecho punible (con sus teorías de la acción, del resultado y de la ubicuidad) se ven desplazados por el problema de la determinación del domicilio de la víctima y de las consecuencias de sus eventuales cambios de domicilio.

En principio, *por domicilio* habrá que entender el lugar donde la víctima cotidianamente desarrolla su vida, su residencia habitual, como así dispone el artículo 40 del Código Civil.

No obstante, tal concepto de domicilio no se debe entender como la permanencia más o menos larga o ininterrumpida en un lugar determinado, pues en ocasiones habrá que estar al lugar de residencia efectiva en el que la víctima ha tenido voluntad de establecerse permanentemente (SSTS 30.12.1992 y 13.7.1996) aunque, atendidas las circunstancias, no pueda predicarse todavía la nota de habitualidad, como puede ocurrir en aquellos supuestos en que la mujer haya cambiado de domicilio recientemente con motivo de la separación o buscando su protección en situaciones de maltrato continuado. Precisamente para evitar este doloroso peregrinaje el art. 64.1 LOMPIVG introduce como novedad la previsión expresa de la salida del domicilio del agresor como medida de protección de las víctimas.

Pero también puede ocurrir que el lugar del domicilio no esté claramente definido por coexistir dos o más lugares de residencia o incluso que la vida de la víctima se desarrolle entre dos poblaciones diferentes. En tal caso habrá que optar por aquél lugar en el que la mujer tenga mayor arraigo y, en caso de duda, por el que coincida con el lugar de comisión del hecho.

En íntima relación con lo expuesto, se plantea una última cuestión.

El nuevo criterio normativo no precisa si hay que atender al *domicilio de la víctima en el momento en que ocurren los hechos punibles*, o al que tenga en el momento de la denuncia.

En principio razones de índole práctica aconsejarían inclinarse por este último, habida cuenta de que en ocasiones las víctimas se ven obligadas a cambiar de domicilio precisamente a consecuencia de las conductas delictivas de que son objeto, más no podemos olvidar que en la LOMPIVG el domicilio de la víctima fija la competencia y que ésta afecta al derecho al juez legal, por lo que habrá que estar al domicilio de la víctima en el momento de comisión de los hechos como fuero predeterminado por la Ley, pues otra interpretación podría dejar a la voluntad de la denunciante la elección del juez territorialmente competente. Por la misma razón los cambios de domicilio posteriores a la denuncia serán irrelevantes. La institución procesal de la *perpetuatio iurisdictionis*, aplicable en este punto al proceso penal, impone que la situación -fáctica y jurídica- que sirvió de base para fijar la competencia de un determinado órgano jurisdiccional se considere determinante del fuero, sin perjuicio de que aquella situación se modifique a lo largo del proceso y sin que pueda alterarse la competencia por un acto de voluntad de alguna de las partes (STS 2ª 782/1999, de 20 de mayo y ATS 2ª de 18 de mayo de 1997).

Fueros subsidiarios:

En los supuestos excepcionales en que no se pueda determinar el Juez territorialmente competente por no haber podido concretarse el domicilio de la víctima, ya por encontrarse domiciliada en el extranjero, ya por carecer de domicilio conocido, se estará al lugar en que se encuentre residiendo aún con carácter accidental y, en su defecto, a los fueros generales previstos en los arts. 14 y 15 LECrim, con carácter subsidiario.

#### VI.-A.6. Competencia por conexión

La LOMPIVG adiciona el artículo 17 bis a la Ley de Enjuiciamiento Criminal estableciendo un marco específico para la competencia por conexión en el ámbito

penal de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer que, de hecho, supone una posibilidad de ensanchamiento de la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer por la vía de los delitos y faltas conexos, ya que estos pueden ser los mismos tipos penales incluidos en el número 1 del art. 87 ter LOPJ o tratarse de otras figuras delictivas inicialmente no previstas en aquél.

Dispone el nuevo 17 bis *“La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se extenderá a la instrucción y conocimiento de los delitos y faltas conexas siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los supuestos previstos en los números 3º y 4º del artículo 17 de la presente Ley”*, de forma que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer tendrá además de la competencia objetiva y funcional estudiada en los apartados anteriores, competencia para instruir y, en su caso, conocer de los delitos y faltas cometidos como medio para perpetrar alguno de los previstos en el art. 87 ter.1 LOPJ o facilitar su ejecución (art. 17.3 LECrim) así como de los delitos y faltas cometidos para procurar la impunidad de alguno de aquéllos (art. 17.4 LECrim).

En ambos casos se trata de exponentes de reiteración delictiva en los que ha de determinarse uno o varios delitos principales relacionados con la violencia de género, y uno o varios delitos instrumentales de los anteriores, es decir, preordenados, bien a la facilitación o a servir de medio para la comisión de los primeros, bien a lograr que dicha comisión quede impune.

La conexidad produce un importante efecto procesal que afecta a la competencia tanto objetiva como territorial para conocer de los delitos conexos. En el régimen común de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la competencia territorial para conocer de estos delitos se determina conforme al art. 18 de dicha Ley procesal, pero en relación con las especialidades procesales que introduce la LO 1/2004 la interpretación sistemática de los nuevos arts. 15 bis, 17 bis LECrim y 87 ter.1 LOPJ conduce al entendimiento de que la determinación de la

competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer atiende a la naturaleza del delito y no a la gravedad del mismo, por lo que las reglas establecidas en el art. 18 LECrim en relación con el Juez o Tribunal competente para conocer de los delitos conexos (el del territorio en que se haya cometido el delito más grave, el que primero comenzare la causa cuando tengan igual pena, etc.) no serán aplicables en este caso ya que el Juzgado especializado del domicilio de la mujer víctima, siempre será el preferente aunque el delito de violencia de género no sea el más grave de todos los conexos.

En cuanto a los supuestos de conexidad prevenidos en el art. 17 bis LECrim se acoge con claridad la vis atractiva del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en supuestos de comisión medial y comisión para impunidad (conexidad objetiva) guardando un significativo silencio la Ley tanto en relación con los supuestos de conexidad subjetiva, comisión simultánea por dos o más personas reunidas y comisión previo concierto mutuo (art. 17.1 y 2 LECrim), como con los de conexidad mixta o causal (art. 17.5 LECrim). Probablemente, en el primer caso se deba a lo raro de su aparición en este tipo de delitos y en el segundo a que como ya sucediera, *mutatis mutandis*, con la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (STS 857/2001, de 4 de mayo), la excesiva amplitud de esta causa de conexidad podría determinar la atribución a estos Juzgados del conocimiento de tipos delictivos muy diversos desnaturalizando la especificidad que les es propia.

No obstante, pese a la falta de previsión expresa en relación con los supuestos de conexidad del art. 17.5 LECrim, la LOMPIVG admite tácitamente una particular manifestación de dicha conexidad mixta al atribuir competencia al Juzgado de Violencia sobre la Mujer para la instrucción y, en su caso, enjuiciamiento de los delitos o faltas cometidos contra los descendientes, menores o incapaces del entorno de la mujer cuando también se haya producido un acto de violencia de género, ya que en la mayoría de estos casos estaremos en presencia de un concurso real de delitos o faltas imputables a un mismo autor.

Por otra parte, el enfoque reduccionista de la LO 1/2004 en la regulación de la competencia por conexión de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer suscita alguna interrogante, además de en los supuestos abordados en el apartado relativo al criterio de atribución competencial *rationae personae*, en relación con el enjuiciamiento de los delitos de quebrantamiento de condena o medida cautelar acordadas como medidas de protección de las víctimas de violencia de género.

El delito del art. 468 CP no aparece entre los expresamente atribuidos en el art. 87 ter 1 LOPJ a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, posiblemente porque su inclusión, atendido el bien jurídico protegido -la efectividad de los pronunciamientos de la Autoridad Judicial- podría suponer una extensión no deseada del ya amplio marco competencial de dichos Juzgados.

Aún así, diversas razones aconsejarían la atribución de este delito a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer cuando la medida o pena que se quebrantase hubiese sido adoptada con ocasión de la comisión de alguno de los delitos o faltas que la LOMPIVG atribuye a dichos Juzgados. Piénsese, que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer en muchos casos estará conociendo, cuando el quebrantamiento de la medida se produce, de la previa comisión del acto de violencia de género del que la prohibición que se quebranta trae causa, por lo que conocer el quebrantamiento y las circunstancias en que se ha producido podría resultar de gran importancia a la hora de valorar la situación de riesgo para la víctima. Ciertamente el apartado último del art. 544 bis LECrim prevé que en caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el Juez o Tribunal, éste convocará una comparecencia para la adopción de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, con lo que sin duda tendrá cumplido conocimiento del incumplimiento y sus circunstancias, pero razones de economía procesal y la evitación del peregrinaje de la víctima de un Juzgado a otro, o de un Tribunal a otro, cuando ésta es la testigo principal del

delito de quebrantamiento, abogarían a favor de que las diligencias incoadas con ocasión de éste fuesen acumuladas a la causa seguida por los actos de violencia de género siempre y cuando en ésta no haya finalizado la fase de investigación. Sobre la conveniencia de acumular el quebrantamiento al procedimiento en el que se acordó la medida incumplida, en relación con la anterior legislación, son de ver los pronunciamientos de la Circular 3/2003 de la Fiscalía General del Estado.

En cualquier caso y pese a la falta de previsión expresa, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer será competente para conocer aquellos supuestos de quebrantamiento que además de atentar contra el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, supongan o faciliten la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos de la persona protegida al amparo de la competencia por conexión prevista en el art. 17 bis LECrim, como sucederá cuando el incumplimiento de la pena o medida de protección sea medio para procurar la impunidad, o perpetrar o facilitar la ejecución de una infracción relacionada con la violencia de género (homicidio, lesiones, etc.) incluso en aquellos supuestos de hecho en que el incumplimiento no vaya acompañado de una conducta adicional por parte del sujeto activo si constituye en sí mismo un acto coactivo para la víctima (piénsese en quien desobedeciendo la orden de alejamiento se aposta en el portal de la persona protegida a fin de hostigarla o atemorizarla).

Antes de finalizar el apartado relativo a la competencia penal de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, conviene recordar que si bien ciertamente, el art. 1 LECrim consagra el derecho de todo acusado a ser exclusivamente condenado por “juez competente”, derecho procesal derivado del derecho al Juez legal o Juez ordinario predeterminado por la Ley contemplado en el art. 24.2 CE, pero ha de recordarse, como han señalado tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional, que las discrepancias interpretativas sobre la normativa legal que distribuye las competencias entre órganos de la jurisdicción penal ordinaria, y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer lo son, no se traducen

necesariamente y sin más en infracciones del derecho fundamental al Juez predeterminado por la Ley (SSTS 904/2004, de 12 de julio, 269/04, de 8 de marzo, 1260/2003, de 3 de octubre, 132/2001, de 6 de febrero) ni rebasan el plano de la legalidad ordinaria careciendo por tanto de relevancia constitucional (STC 35/2000, de 14 de febrero).

## **VI.-B. Competencia en el orden civil**

Según razona la Exposición de Motivos los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán de las causas civiles “relacionadas” con las causas penales que instruyan en materia de violencia sobre la mujer, de forma que unas y otras en la primera instancia sean objeto de tratamiento procesal ante la misma sede. De este modo la LOMPIVG opta por atribuir a dichos Juzgados competencias civiles más allá de las meramente cautelares.

Dada la amplitud de los tipos penales relacionados con la violencia familiar en general, y, aún más, con la violencia sobre la mujer en los que se ha penalizado como delito perseguible de oficio cualquier conducta agresiva, por leve que pudiera parecer (*tolerancia cero*) es previsible que sean numerosas las causas civiles que, por encontrarse relacionadas con un pleito penal, ya por delito, ya por falta, deban seguirse ante el Juez especializado en violencia de género, en lugar de ante el Juez de Familia o de 1ª Instancia ordinario, dada la frecuencia con que, en la tensión del proceso de ruptura de la pareja, se pueden presentar conductas subsumibles en alguno de los tipos penales.

### **VI.-B.1. Competencia objetiva**

Al regular la competencia en el orden civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, el artículo 44 LO 1/2004, por el que se adiciona un artículo 87 ter a la Ley Orgánica del Poder Judicial, altera las reglas de competencia objetiva

establecidas en la legislación procesal civil, confiriendo a los Juzgados especializados una *vis* atractiva respecto de determinados procesos civiles. A pesar de ello, salvo el nuevo art. 49 bis adicionado a la LEC 1/2000 por el artículo 57 LO 1/2004 que se refiere a la pérdida de competencia y al deber de inhibición de los Juzgados de Primera Instancia o de Familia a favor de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, no se introduce modificación alguna correlativa en la Ley de Enjuiciamiento Civil que haga mención a la atribución de competencias civiles a dichos Juzgados.

A tal efecto, el nuevo art. 87 ter LOPJ establece en sus apartados 2º y 3º las siguientes reglas:

**a) Marco general de competencia por razón de la materia.** Procedimientos civiles de los que “*podrán conocer*” (art. 87 ter.2 LOPJ). Este apartado establece el marco general que opera para la determinación inicial de la competencia *ratione materiae*. El término “podrán” no significa que la asunción de dichos procesos civiles sea facultativa para los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, sino que éstos serán competentes para conocer de aquéllos cuando concurren los presupuestos del apartado tercero.

Este marco competencial, plenamente coincidente en el Anteproyecto con los procesos inquisitorios o no dispositivos previstos en el art. 748 LEC, en la redacción definitiva, tras resultar apartados los procesos relativos a la capacidad y al reconocimiento civil de resoluciones eclesiásticas, abarca los siguientes procedimientos:

-Los de filiación, maternidad y paternidad.

.-Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio. De este modo, las medidas civiles acordadas en la orden de protección en relación con parejas matrimoniales

serán objeto de ratificación en el propio Juzgado de Violencia sobre la Mujer, lo que, sin duda, ha de facilitar su homologación. Con relación a los procedimientos de separación y divorcio la Ley no distingue entre los de carácter contencioso y los de mutuo acuerdo, por lo que ambos han de entenderse incluidos.

.-Los que versen sobre relaciones paterno filiales. En principio en dicho epígrafe tendrán acogida aquellas pretensiones relacionadas con los derechos/deberes regulados en el Título VII del Libro I del Código Civil, bajo ese mismo enunciado, comprensivo de la titularidad y ejercicio de la patria potestad, la representación legal de los hijos, los bienes de los hijos y su administración, la extinción de la patria potestad, la adopción y otras formas de protección de menores, si bien algunas de ellas se enuncian de forma independiente en las letras siguientes.

.-Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar. Este tipo de procedimientos no aparece regulado con *nomen* propio en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y además de los procedimientos de modificación de medidas, cabe preguntarse si podría dar cobertura a las acciones civiles ejercitadas entre parejas de hecho sin hijos menores.

En la tramitación parlamentaria fueron desestimadas aquellas enmiendas que proponían ampliar las competencias civiles a “los procedimientos que versen sobre derechos entre las uniones estables de pareja” y no sólo a los que “versen sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores”. Según se deduce de la lectura de los debates parlamentarios parece que la asunción explícita de tales competencias por parte de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se producirá una vez estén reguladas las uniones estables, regulación sobre la que ya existen iniciativas legislativas en el Congreso. No obstante, sin perjuicio de que eso se produzca, con la actual redacción puede interpretarse que aquellos litigios referidos a la situación de los convivientes, y no sólo de sus hijos menores, tienen

cabida en las competencias civiles de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer cuando se ejercitan acciones de “trascendencia familiar” -entendidas en un sentido amplio como análogas a las derivadas de las uniones matrimoniales-, como podría ocurrir con la ratificación de las medidas civiles que puedan acordarse en el seno de una orden de protección: alimentos o la atribución del uso de la vivienda que ha constituido el hogar de la pareja. Otra interpretación obligaría a expulsar del conocimiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer este tipo de procesos civiles aún cuando estuvieran claramente relacionados con situaciones de violencia de género.

.-Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores. Este apartado ampara los procesos sobre medidas relativas a los hijos menores de parejas no matrimoniales, incluidos los referidos al régimen de visitas, estancia y comunicación del menor con el progenitor no custodio, así como la atribución del uso del domicilio familiar si procede, al estar englobadas las necesidades de habitación en el concepto de alimentos según el art.142 CC (SAP Madrid, sec. 24ª, 456/2004 y SAP Orense de 4 de febrero de 2004, entre otras).

.-Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.

.-Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

**b).-Presupuestos específicos de la competencia exclusiva.**

Procedimientos civiles de los que conocerán los Juzgados de Violencia sobre la Mujer con competencia “*exclusiva y excluyente*” (art. 87 ter 3 LOPJ).

Dentro del ámbito competencial previsto en el apartado anterior, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer serán competentes para el conocimiento de aquellos asuntos civiles en los que concurran cumulativamente las siguientes circunstancias:

1ª.- Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias relacionadas en el número anterior.

2ª.- Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo. Pese a la contundencia de la dicción literal, hemos de entender que el legislador se refiere a que en el proceso penal correlativo aparezca como víctima alguna de las personas citadas en dicho apartado, esto es la esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, o los descendientes, etc., aunque dada la temprana fase procesal de la causa penal no se pueda predicar con certeza dicha condición de víctima. Según el tenor literal del precepto, serán competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, no sólo los asuntos civiles en los que los dos miembros de la pareja, hombre y mujer, aparezcan respectivamente como demandante o demandado, sino también aquellos en los que dicha situación procesal sea asumida por descendientes, menores o incapaces del círculo de la mujer por una parte y el hombre que es o ha sido pareja de ésta, por otra, si aquéllos aparecen como víctimas de hechos sujetos a la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

3ª.- Que alguna de las partes sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de los actos de violencia de género; quedan, por tanto, excluidos los cómplices.

El concepto de imputado exige que el sujeto se encuentre en esa condición procesal por haber al respecto alguna resolución judicial que le confiera oficialmente tal carácter, ya sea la admisión a trámite de la denuncia o querella, o simplemente la citación para declarar en calidad de posible responsable por algún delito o falta cuando los cargos aparecen en cualquier otra diligencia. Es decir, ha de haber un filtro judicial para adquirir la cualidad de sujeto pasivo del proceso penal (SSTC 649/1996, de 7 de diciembre, 121/1995, de 18 de julio y 186/1990, de 15 de noviembre).

En este sentido, la Fiscalía General del Estado en un reciente pronunciamiento, Consulta 1/2005 *sobre competencias de las Fiscalías para tramitar diligencias de investigación que afecten a personas aforadas*, ponía de manifiesto cómo la situación del imputado es distinta de la del procesado o inculpado: “la situación de imputado aparece desde la admisión a trámite de la denuncia o de la querella, o desde la realización de otro acto de imputación... El término imputado parece venir referido a la condición que como parte pasiva del proceso penal adquiere, desde el momento mismo de su iniciación, aquél contra el que se sigue un procedimiento por determinado acto criminal que se le atribuye”.

A diferencia de lo que ocurre en el proceso penal competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en el que el hombre siempre debe aparecer como sujeto pasivo del proceso, en el proceso civil el varón puede ocupar tanto la posición de demandante como la de demandado.

4ª.- Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, es decir, que se haya dictado el oportuno auto de incoación, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género (en este caso podrá haberla otorgado tanto el Juzgado de Violencia sobre la Mujer

como el Juzgado de guardia). Los presupuestos de este punto se examinan en el apartado siguiente, donde se vuelven a reproducir, si bien no desde la óptica del Juez de Violencia sobre la Mujer que atrae la competencia, sino desde la del Juez civil que la pierde.

#### VI.-B.2. Pérdida de la competencia civil objetiva.

Como se decía más arriba, el artículo 57 LO 1/2004 adiciona un nuevo artículo 49 bis en la LEC 1/2000, por el que se regula la pérdida de competencia del Juez Civil cuando se produce un hecho penal relacionado con la violencia de género, se haya iniciado el procedimiento penal o no. Tan innovadora medida persigue acumular en un mismo Juzgado especializado aquellos procesos civiles y penales que se encuentren vinculados por la identidad de los sujetos implicados en ambos. Para ello, en dicho artículo se diferencian y regulan tres posibles situaciones:

##### **a).- Cuando existe un proceso penal iniciado o se ha dictado orden de protección. Art. 49 bis 1 LEC.**

En este caso el Juez de Primera Instancia o de Familia que esté conociendo del procedimiento civil (debe entenderse de los relacionados en el nuevo artículo 87 ter. 2 LOPJ) y tenga conocimiento de la comisión de un acto de violencia de los definidos en el artículo 1 LOMPIVG, deberá verificar si concurren los requisitos previstos en el apartado tercero del artículo 87 ter LOPJ (regulador de los supuestos en que el Juez de Violencia sobre la Mujer tiene competencia civil exclusiva) y, en caso positivo, deberá inhibirse, remitiendo los autos en el estado en que se hallen al Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente, salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral. Contra el auto que acuerde la inhibición cabrá recurso de apelación conforme a lo dispuesto en el art. 66.1 LEC.

Este supuesto es el único de los tres regulados en el art. 49 bis LEC en que se prevé la inhibición del Juez Civil de oficio, ya que en los dos siguientes es preciso que sea requerido al efecto por el Juez de Violencia sobre la Mujer.

Los términos en que se articula dicho precepto “Que exista un proceso penal iniciado o se haya dictada orden de protección” suscita un conjunto de comentarios, que abarca las siguientes cuestiones:

1.- En cuanto al *tipo de procedimiento* incoado bastará cualquiera de los previstos en la legislación procesal penal: jurado, sumario, diligencias previas de procedimiento abreviado, diligencias urgentes de juicio rápido o juicio de faltas. Así lo evidencia el apartado 3d) del nuevo art. 87 ter al exigir, para esa atribución de competencias civiles “que se haya iniciado ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer un proceso penal por *delito o falta* a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer...”

2.- En cuanto a la *fase procesal* de la causa penal, sólo exige la “*iniciación*”, lo que presupone que se haya dictado el oportuno auto de incoación, admitiendo a trámite la denuncia o la querrela, pero, a diferencia de lo que ocurre con el proceso civil respecto del que se establece como límite para la pérdida de competencia del Juez civil que no se haya iniciado la fase del juicio oral, para el *proceso penal* que atrae la competencia de aquél no se prevé ninguna limitación equivalente en su íter procesal.

Ello, planteará en la práctica, algunas cuestiones relacionadas con la fase del procedimiento penal que atrae la competencia del procedimiento civil:

.- Si el *procedimiento penal* se encuentra en tramitación, el Juez de Violencia sobre la Mujer conocerá simultánea y paralelamente de la cuestión penal y la civil,

cada una en su propio proceso, aunque por la diferente configuración del procedimiento civil y del penal, será una tramitación de dos velocidades. En ocasiones, el proceso civil (máxime tras la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio) se enjuiciará antes que el penal, habida cuenta que en el proceso penal el Juez de Violencia sobre la mujer necesariamente perderá su competencia funcional- salvo en supuestos de conformidad en juicio rápido o juicios de faltas-, como veíamos más arriba, pudiendo ocurrir que la sentencia civil se dicte sobre la base de unos hechos penales que posteriormente el órgano de enjuiciamiento criminal no considere probados (son conocidos los problemas de prueba en estos delitos cuando las víctimas optan por no declarar o se retractan en sus declaraciones).

Al hilo de esta cuestión acertadamente se han introducido en el texto definitivo de la LOMPIVG dos nuevos preceptos (arts. 53 y 55) que prevén la remisión al Juzgado de Violencia sobre la Mujer que hubiera instruido la causa del testimonio de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal o la correspondiente Sección de la Audiencia Provincial, de forma inmediata, con indicación de si la misma es o no firme, y, en su caso, de la sentencia de segunda instancia cuando la misma fuera revocatoria, en todo o en parte.

*.- Si el proceso penal ha concluido por sentencia condenatoria firme, procederá la inhibición a favor del Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente. No obstante, la falta de previsión legal acerca de un límite temporal, no puede conducir al absurdo de que por el hecho de haber instruido una causa por violencia de género, el Juez de Violencia sobre la Mujer deba conocer de los procesos civiles iniciados por la misma pareja (v.gr. modificación de medidas), incluso años después, debiendo operar como límite el momento de extinción de la responsabilidad penal por alguna de las causas previstas en el art. 130 CP, incluido el cumplimiento de la condena.*

.-Si en el procedimiento penal ha recaído sentencia absolutoria o ha sido sobreseído o archivado (arts. 637.1 y 3, 641, 779.1 y 789.3 de la LECrim) se plantearán diversos supuestos:

-Si se ha dictado, sentencia absolutoria, se ha archivado porque no existen indicios racionales de la comisión del hecho o se ha sobreseído provisionalmente porque no está debidamente justificada la perpetración del delito o porque no hay motivos suficientes para acusar a quien es parte en el procedimiento civil, no cabrá la inhibición del pleito civil a favor del Juez de Violencia sobre la Mujer (aun cuando la resolución no sea firme por hallarse pendiente del recurso planteado contra dicha decisión) en tanto subsistan las mismas circunstancias, pues faltaría uno de los presupuestos del art. 87 ter.3 LOPJ.

-Si se ha sobreseído porque el denunciado, que a la vez es parte civil, no ha podido ser citado o se encuentra en rebeldía, procederá la inhibición, si bien el procedimiento civil, a diferencia del penal, podrá continuar su tramitación en rebeldía del demandado.

En este sentido el art. 10.1 del RD 355/2004, de 5 de marzo, regulador del Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, dispone que el encargado del registro procederá a cancelar los datos anotados en relación con los procedimientos penales en los que se dicte auto de archivo o sobreseimiento, o su finalización por sentencia absolutoria.

3.- En cuanto a la *fase del proceso civil* es preciso que no haya iniciado la fase del juicio oral. En el Proyecto de Ley se introdujo una limitación, no prevista inicialmente en el Anteproyecto y que se ha mantenido en la redacción final, por la que el deber de inhibición del Juez Civil se supedita a que el procedimiento civil no haya iniciado la fase del juicio oral, acogiendo las sugerencias recogidas en los

informes consultivos previos, ya que los principios de oralidad, concentración e inmediación que lo rigen, tras la LEC 1/2000, imponen que sea el mismo Juez que está conociendo del juicio el que dicte sentencia y quien, por tanto, sea el funcionalmente competente para la ejecución. Por la misma razón los procedimientos civiles que se encuentren en ejecución en el momento de entrada en vigor de la Ley continuarán siendo competencia de los órganos que vinieran conociendo de los mismos (D.T.1ª).

Dado que todos los procesos civiles de los que conocerá el Juez de Violencia sobre la Mujer han de seguir los trámites del juicio verbal salvo los de separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro con las especialidades previstas en el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 748 y 753 LEC en relación con el nuevo artículo 87 ter LOPJ), deberá entenderse *iniciada la fase del juicio oral*, cuando el procedimiento haya llegado a la celebración de la vista prevista en el artículo 443 LEC, tras la cual el Juez debe dictar sentencia, salvo que quede pendiente prueba que no haya podido practicarse en el acto del juicio oral. En caso de procedimiento de mutuo acuerdo o instado por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, dada la inexistencia de juicio oral en su tramitación, habrá que entender que la comparecencia para la ratificación del convenio opera como límite equivalente al de la fase del juicio oral en los procedimientos contenciosos, ya que tras dicha comparecencia el Juez debe dictar sentencia (art. 777.6 LECrim) salvo que acuerde la práctica de prueba.

Así mismo, será conveniente que el Juzgado Civil proceda, con la mayor brevedad, a una lectura detallada de las demandas o escritos iniciales, así como de los documentos e informes periciales que puedan acompañarlas, una vez le sean turnadas, a fin de inhibirse sin dilación al Juez de Violencia sobre la Mujer en aquellos casos en que concurran los presupuestos previstos en la Ley.

**b).- Cuando no se haya iniciado proceso penal, ni dictado orden de protección, pese a la posible comisión de un acto de violencia sobre la mujer, art. 49 bis 2 LEC.**

Cuando el Juez que esté conociendo de un procedimiento civil, tuviese noticia de la posible comisión de un acto de violencia de género que no haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal, ni a dictar orden de protección, tras verificar que concurren los requisitos del párrafo tercero del artículo 87 ter, deberá citar inmediatamente a las partes a una comparecencia con el Ministerio Fiscal que se celebrará en las siguientes 24 horas a fin de que éste tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos acaecidos. Tras ella el Fiscal, de manera inmediata, habrá de decidir si procede, en las 24 horas siguientes, a denunciar los hechos o solicitar orden de protección ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente. En el supuesto de que interponga denuncia o solicite orden de protección, el Fiscal habrá de entregar copia de la denuncia o solicitud en el Tribunal Civil<sup>1</sup>, el cual continuará conociendo del asunto hasta que sea, en su caso, requerido de inhibición por el Juez de Violencia sobre la Mujer competente.

En relación con este precepto cabe comentar las siguientes cuestiones:

*1.- Celebración de la comparecencia.*

El legislador ha pretendido agilizar al máximo el procedimiento, previendo la celebración de una comparecencia urgente, exigiendo la máxima celeridad al Juez (en la celebración de la convocatoria) y al Fiscal (en la interposición de la denuncia).

---

<sup>1</sup> Hemos de entender que la LO 1/2004 utiliza el término “Tribunal” para referirse a órgano jurisdiccional y no en su acepción más precisa de “órgano colegiado”, como ya sucediera en la LEC 1/2000

La decisión legislativa de optar por la celebración de una comparecencia pese a la urgencia que informa dicho trámite parece sustentarse en el entendimiento de que la valoración sobre si ciertos hechos revisten indicios de violencia contra la mujer no encaja en las atribuciones de los órganos civiles, pero aún así podría haberse evitado dando traslado inmediato al Ministerio Público de la *notitia criminis* por si hubiera lugar al ejercicio de la acción penal conforme a lo previsto en el art. 40 LEC.

El artículo comentado exige que el Juez Civil verifique, al igual que en el número primero del artículo 49 bis, que concurren los requisitos del apartado tercero del artículo 87 ter LOPJ antes de convocar la comparecencia, pero a diferencia de aquel supuesto -en el que el Juez Civil ha de inhibirse directamente a favor del Juez de Violencia sobre la Mujer- en este caso debe esperar a ser requerido por éste continuando hasta tanto con la tramitación del pleito; con dicha cautela se persigue evitar inhibiciones dudosas y demoras en la tramitación del pleito civil, otorgando al Juez de Violencia sobre la Mujer, como órgano jurisdiccional del orden penal, preferencia a la hora de determinar su competencia dada la mayor trascendencia de los intereses en juego en el proceso penal (art. 44 y 87 ter. 4 LOPJ). Aunque no se recoge expresamente en el apartado 2 del nuevo artículo 49 bis LEC, hemos de entender que tal preceptiva inhibición sólo podrá tener lugar, al igual que en el número anterior y por las mismas razones, hasta la fase del juicio oral.

Según el precepto comentado, la intervención del Juez se limita a la convocatoria de la comparecencia, aunque nada impide que adopte alguna medida al amparo del artículo 158 CC, si es preciso para salvaguardar el interés de un menor.

Por otra parte, parece que esta comparecencia va dirigida a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la comisión de actos de violencia de género en

aquellos casos en los que la víctima no ha procedido todavía a denunciarlos, a fin de que aquél pueda instar la incoación del procedimiento penal.

Los Sres. y Sras. Fiscales, por tanto, deberán examinar en qué forma ha llegado la *notitia criminis* al Juzgado y si el Juez ha valorado correctamente la concurrencia de los requisitos del artículo 87 ter LOPJ, además de los elementos probatorios que puedan aportar las partes, si comparecen.

*2.-Interposición de la denuncia ante el Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente.*

Tras la celebración de la comparecencia el Fiscal tiene que decidir si procede en las 24 horas siguientes, a denunciar los actos de violencia de género o a solicitar orden de protección ante el Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente. Pese al término disyuntivo, lo lógico será que si existen indicios de la comisión de un hecho delictivo el Fiscal interponga denuncia y además, si es preciso para la protección de la víctima, solicite la adopción de una orden de protección u otra medida cautelar al amparo del artículo 544 bis de la LECrim y 61 y siguientes LO 1/2004, o incluso, del artículo 158 CC.

En el supuesto que el Fiscal decida interponer denuncia o solicitar orden de protección, según el tenor literal del apartado segundo del art. 49 bis deberá hacerlo ante el Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte “competente”, pudiendo ocurrir que dicho Juzgado esté ubicado en distinto partido judicial e incluso fuera del ámbito territorial de la Fiscalía actuante en el proceso civil, ya que el pleito de separación o divorcio, salvo en el supuesto de que sólo se hayan tramitado medidas provisionales previas a la demanda (caso en el que corresponde la competencia al juez del domicilio de la instante según el artículo 771.1 LEC), se habrá seguido en el lugar del último domicilio conyugal, en el de residencia del demandado o en el de cualquiera de los otros fueros previstos en el

art. 769 LEC, mientras que del asunto criminal por violencia de género debe conocer el Juez del domicilio de la mujer víctima de los hechos según el nuevo artículo 15 bis LECrim.

En este caso, los Sres. y Sras. Fiscales que asistan a la comparencia en el Juzgado Civil redactarán, si procede, el correspondiente escrito de denuncia o de solicitud de orden de protección, que deberán hacer llegar junto con copia del acta de la comparencia y la restante documentación que se considere pertinente por el conducto más rápido posible (fax, correo electrónico) al Fiscal territorialmente competente para que proceda a su interposición dentro de las 24 horas siguientes a la celebración de la comparencia. Del mismo modo, una vez interpuesta la denuncia o efectuada la solicitud, la Fiscalía destinataria comunicará inmediatamente a la Fiscalía remitente la interposición de la denuncia o solicitud de la orden de protección, a fin de que ésta pueda presentar ante el Juzgado de Primera Instancia o de Familia que estuviera conociendo del pleito civil una copia de aquéllas (art. 49 bis.2 LEC).

No obstante, pese a la dicción literal del art. 49 bis.2 LEC la solicitud de orden de protección o de medidas urgentes del art. 13 LECrim podrá efectuarse ante el Juez del lugar de comisión de los hechos (art. 15 bis LECrim) o el Juez de guardia más próximo si concurren razones de urgencia que así lo impongan (art. 40 Reglamento de Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales).

Es decir, podrán concurrir sucesivamente hasta tres fueros territoriales distintos: uno en el procedimiento civil inicialmente instado (lugar del domicilio conyugal, de residencia del demandado, etc.) otro en la adopción de las medidas cautelares (lugar de comisión del hecho o lugar de su solicitud) y otro en el momento final de conocimiento por el Juez de Violencia sobre la Mujer (lugar del domicilio de la víctima).

La inhibición prevista en el número 2º del art. 49 bis LEC se condiciona a que el Juez de Violencia sobre la Mujer efectúe un previo requerimiento al Juez Civil a fin de evitar peloteos y demoras en la tramitación del pleito civil, de forma que el Juez de Violencia sobre la Mujer tiene preferencia a la hora de determinar su competencia. Por tanto, a diferencia del apartado primero del art. 49 bis LEC en el que el Juez Civil habrá de inhibirse directamente a favor del Juez de Violencia sobre la Mujer, en este caso debe esperar a ser requerido por éste continuando hasta tanto con la tramitación del pleito.

**c).- Cuando el Juez de Violencia sobre la Mujer esté conociendo de una causa penal y tenga conocimiento de la existencia de un proceso civil relacionado con aquélla. Art. 49 bis 3 LEC.**

En este caso se está en el mismo supuesto del apartado primero, si bien contemplado desde la posición del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, el cual debe requerir de inhibición al Juez Civil desde el mismo momento en que tenga conocimiento de que concurren los requisitos del párrafo tercero del art. 87 ter LOPJ, debiendo el Juez de Primera Instancia o de Familia inhibirse de inmediato con remisión de los autos al Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Tal inhibición es de carácter imperativo, y por tanto, no podrán plantearse cuestiones de competencia objetiva entre ellos.

La ausencia de expresión “hasta el juicio oral” en el art. 49 bis 3 LEC ha sido interpretada por algún autor en el sentido de que el Juez de Violencia sobre la Mujer no tiene límite para hacer el requerimiento de inhibición al Juez Civil, sin embargo, la génesis de dicha limitación abona una interpretación favorable a su vigencia tácita como ya sucediera con el apartado segundo del art. 49 bis LEC.

#### **d) Inhibición de los Juzgados de Primera Instancia o de Familia**

Dispone el nº 4 del artículo 49 bis LEC, que se introduce por esta Ley en la Sección 1ª del Capítulo II del Título II del Libro I de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que “En los casos previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo el Tribunal Civil remitirá los autos al Juzgado de Violencia sobre la Mujer sin que sea de aplicación lo previsto en el artículo 48.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo las partes desde ese mismo momento comparecer ante dicho órgano. En estos supuestos no serán de aplicación las restantes normas de esta Sección, ni se admitirá declinatoria, debiendo las partes que quieran hacer valer la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer presentar testimonio de alguna de las resoluciones dictadas por dicho Juzgado a las que se refiere el párrafo final del número anterior”.

Esta novedosa regulación supone una derogación del régimen general de la competencia objetiva de los Juzgados de Primera Instancia cuando concurren las circunstancias previstas en los apartados primero (existencia de proceso penal en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer) y segundo (posible comisión de actos de violencia de género sin proceso penal iniciado), supuestos en los que no serán de aplicación las normas de dicha Sección 1ª y, en concreto, las siguientes:

1.-En caso de apreciación de oficio por el Juez Civil de su falta de competencia objetiva no se dará audiencia a las partes y al Fiscal conforme a lo previsto en el art. 48.3 LEC.

El legislador, desoyendo las observaciones de las Instituciones que informaron el Anteproyecto de Ley, ha optado por la inhibición de oficio *inaudita parte* a fin de agilizar este trámite, por lo que sólo cabrá que los disconformes acudan a la vía del recurso de apelación (art. 66.1 LEC). Esta falta de audiencia, podría motivar, fundamentalmente en los supuestos del nº 1 del artículo 49 bis

LEC, puesto que en los casos del nº 2 las partes podrían alegarlo en la previa comparecencia, que en algún caso el Juez Civil acuerde la inhibición desconociendo que el asunto penal que la motiva ha sido archivado o ha recaído sentencia absolutoria firme, lo que daría lugar a la devolución de los autos civiles al Juez de Primera Instancia o de Familia con la consiguiente demora en la tramitación del procedimiento civil, por lo que convendría en estos casos hacer una indagación previa acerca del estado procesal de la causa penal, en la medida que fuera posible, antes de acordar la remisión de los autos civiles.

2.-Cuando sean las partes las que quieran hacer valer la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, no será posible denunciar la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia mediante declinatoria tal como está previsto en el art. 49 LEC, sino adjuntando a la solicitud testimonio de alguna de las resoluciones dictadas por aquél a las que se refiere el párrafo final del art. 49 bis.3 LEC, esto es, de la incoación de diligencias previas o de juicio de faltas, del auto de admisión de la querrela o de la orden de protección adoptada. Conforme a lo dispuesto en el art. 66.2 LEC, si el Juez Civil no acoge la pretensión de inhibición, su decisión sólo será recurrible en reposición, sin perjuicio de la posibilidad de alegar la falta de competencia objetiva en la apelación contra la sentencia definitiva. No obstante, resultará más operativo para las partes solicitar al Juez de Violencia sobre la Mujer que interese la inhibición al Juez Civil para que actúe conforme al art. 49 bis.3 LEC, sin esperar a dicha fase de recursos.

Hemos visto con anterioridad cómo el Juez Civil pierde su competencia cuando se producen actos de violencia de género, sin embargo queda sin resolver en la LO 1/2004 qué efectos produce la finalización del proceso penal sin declaración de responsabilidad criminal (sentencia absolutoria, auto de archivo o sobreseimiento firme) en la competencia civil del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, que precisamente le ha sido atribuida por la incoación de aquél. Aún

admitiendo que puede dar lugar a soluciones insatisfactorias (p.ej. en caso de archivo porque no existen indicios racionales de la comisión del hecho) no puede mantenerse una interpretación favorable a la pérdida de competencia sobrevenida del Juzgado de Violencia sobre la Mujer a favor del Juzgado de Primera Instancia en tales casos, ya que implicaría una alteración de la competencia no prevista legalmente.

#### VI.-B.3. Competencia funcional en el orden civil.

El Juzgado de Violencia sobre la Mujer será el competente para la ejecución de las resoluciones que dicte en asuntos civiles (arts. 61 y 545.1 LEC).

Los recursos contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en materia civil serán conocidos por una sección especializada o no (*“podrán especializarse una o varias de sus secciones”* art. 46 LOMPIVG) de la correspondiente Audiencia Provincial. El Anteproyecto de Ley establecía también la especialización obligatoria para las secciones civiles, pero en el Proyecto remitido a las Cortes se sustituyó el verbo imperativo por el potestativo, por lo que en materia civil puede terminar la especialización en la primera instancia. Según el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 27 de abril de 2005 la especialización en materia civil será atribuida a las Secciones que tengan asignada la materia de Familia.

#### VI.-B.4. Competencia territorial en el orden civil.

Dada la *vis atractiva* del Juzgado de Violencia sobre la Mujer que conoce del asunto penal en relación con el proceso civil conexo, el fuero penal atraerá la competencia territorial para conocer del proceso civil en detrimento de las reglas del art. 769 LEC, pues será el Juzgado de Violencia sobre la Mujer del domicilio de la víctima el que también conocerá del pleito civil.

## **VII.- JUZGADOS DE LO PENAL Y SECCIONES ESPECIALIZADAS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL.**

Tras su tramitación parlamentaria en el Congreso la LO 1/2004 hizo extensiva la especialización a los órganos judiciales encargados del enjuiciamiento de los delitos relacionados con la violencia de género, habida cuenta de la decisiva importancia de esta fase del proceso, así como de la de ejecución de sentencia en la consecución de un mejor y más eficaz tratamiento jurisdiccional de este fenómeno delictivo.

### **VII.-A. Juzgado de lo Penal especializado:**

La Disposición Adicional décima LOMPIVG añade al apartado 2º del art. 89 bis LOPJ un nuevo párrafo del siguiente tenor: “A fin de facilitar el conocimiento de los asuntos instruidos por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y atendiendo al número de asuntos existentes, *deberán especializarse* uno o varios Juzgados en cada provincia, de conformidad con lo previsto en el art. 98 de la presente Ley”. El mencionado art. 98 LOPJ dispone “El Consejo General del Poder Judicial podrá acordar, previo informe de las Salas de Gobierno, que en aquellas circunscripciones donde exista más de un juzgado de la misma clase, uno o varios de ellos asuman con carácter exclusivo, el conocimiento de determinadas clases de asuntos... Este acuerdo se publicará en el Boletín Oficial del Estado y producirá efectos desde el inicio del año siguiente a aquél en que se adopte”.

Estos Juzgados conocerán con carácter exclusivo del enjuiciamiento en primera instancia de los delitos menos graves cuya instrucción haya correspondido al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, así como de la ejecución de las sentencias dictadas, bien por dichos Juzgados Penales, bien por los

Juzgados de Violencia sobre la Mujer en juicios rápidos, salvo que existan en la correspondiente circunscripción Juzgados especializados en ejecución.

## **VII.-B. Secciones especializadas de la Audiencia Provincial:**

1.- En materia penal.

Los recursos devolutivos contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en materia penal, en todo caso, serán conocidos por secciones especializadas de la correspondiente Audiencia Provincial (art. 45 LOMPIVG).

Además, el nuevo ordinal 4º del art. 82.1 LOPJ adicionado por el art. 45 LO 1/2004 amplía la especialización al enjuiciamiento en primera instancia en la Audiencia Provincial de aquellos delitos graves instruidos por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de la provincia, pese a que este artículo mantiene el incompleto enunciado de “Recursos en materia penal” que tenía en el Anteproyecto de Ley.

La especialización de las secciones de la Audiencia se prevé, por tanto, para el conocimiento de los recursos contra las sentencias dictadas en primera instancia en los juicios de faltas o contra las resoluciones interlocutorias (autos) dictadas durante la instrucción de procesos por delito por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, así como para el enjuiciamiento de los delitos de violencia contra la mujer competencia de la Audiencia Provincial. No obstante no se prevé la atribución a esas secciones penales especializadas de los recursos contra las resoluciones del Juzgado de lo Penal en asuntos de violencia contra la mujer. A pesar de ello, parece lógico que, al menos por vía de normas de reparto de asuntos, sean esas secciones especializadas de la Audiencia Provincial las que

conozcan de todas las causas relacionadas con este específico tipo de criminalidad.

Estas secciones penales también tendrán competencia funcional para la ejecución de las sentencias recaídas en los procesos por delitos graves, y las dictadas como segunda sentencia por el Tribunal Supremo a continuación de la casación.

Respecto de los delitos atribuidos al Tribunal del Jurado tampoco se prevé ninguna norma específica, resultando lógico que el Magistrado Presidente pertenezca a dichas secciones especializadas por vía de reparto de asuntos.

## 2.- En materia civil.

Como se indicó *supra*, el art. 46 LOMPIVG adiciona un nuevo párrafo al art. 82.4 LOPJ conforme al cual, de los recursos que establezca la Ley contra las resoluciones dictadas en materia civil por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerá la respectiva Audiencia Provincial, a cuyo fin “podrán especializarse” una o varias secciones de conformidad con lo previsto en el art. 98 de la citada Ley Orgánica, atendiendo al número de asuntos existentes.

De esta forma se diferencia entre los recursos contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en materia penal que, en todo caso, serán conocidos por secciones especializadas de la correspondiente Audiencia Provincial y los recursos contra las resoluciones dictadas por esos mismos Juzgados en materia civil, que sólo en determinadas circunstancias serán resueltos por secciones especializadas en la materia.

## **VIII.- MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN Y DE SEGURIDAD DE LAS VÍCTIMAS.**

### **A.- Introducción**

La necesidad de garantizar la buena marcha del procedimiento, la eficacia de la resolución final que se dicte y la protección de la víctima, impone la conveniencia de adoptar con inmediatez una serie de medidas durante la tramitación de los procedimientos penales.

De estas finalidades, la protección de las víctimas, cobra una especial relevancia en este tipo de delincuencia ya que el riesgo de eventuales reiteraciones es especialmente significativo precisamente por provenir de sujetos muy cercanos a la víctima que pertenecen o han pertenecido a su ámbito familiar o afectivo.

Por otra parte, razones de política criminal abundan en la necesidad de garantizar una tutela cautelar ágil y eficaz desde el momento mismo de la denuncia si se quiere luchar contra la impunidad de estas conductas, dado que la denuncia pasa, en muchas ocasiones, porque la víctima se sienta realmente protegida.

Según razona la Exposición de Motivos la LOMPIVG ha optado por la inclusión expresa de las medidas de protección y seguridad de las víctimas de la violencia de género, por recoger un catálogo más amplio que el previsto en el artículo 544 bis de la LECrim dado, que éste sólo regula la prohibición de residir y la de acudir a determinados lugares, lo que no es del todo exacto pues aquél también recoge la prohibición de aproximación y comunicación.

En el campo de las medidas cautelares, la LO 14/1999 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de protección de las víctimas de los malos tratos (art. 544 bis), la Ley 27/2003, reguladora de la orden de protección y la LO 13/2003 de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, ya dotaron a nuestro sistema procesal penal de poderosos instrumentos para la protección de las víctimas de la violencia doméstica. Aun así, la LO 1/2004 con el objetivo de garantizar una tutela integral frente a la violencia de género, diseña un subsistema reforzado de protección y seguridad para estas víctimas (por tanto sólo aplicables a ellas y no a otras víctimas de la violencia doméstica) que viene a yuxtaponerse tanto al ya existente en relación con las víctimas en general de determinados delitos (art. 544 bis LECrim) como al específicamente previsto para las víctimas de violencia doméstica (art. 544 ter LECrim).

No obstante, la técnica legislativa utilizada, consistente en la regulación autónoma y específica en la LO 1/2004 de las medidas de protección y seguridad aplicables en relación con la violencia de género, sin transposición normativa alguna a las leyes sustantivas y procesales de referencia -salvo la lacónica remisión al art. 544 ter LECrim contenida en el artículo 62- puede plantear en la práctica cierto confusionismo, no sólo en cuanto a la legislación aplicable, sino también en relación con el cauce procesal que debe seguir su adopción, ya que algunas de ellas redundan en las ya imponibles conforme a los arts. 544 bis y ter LECrim.

Ciertamente, de las medidas expresamente contempladas en la LOMPIVG, algunas ya estaban previstas en la legislación actual y otras aparecen expresamente reguladas por primera vez con carácter de medidas cautelares en el proceso penal, como es el caso de la suspensión de la patria potestad, de la guarda y custodia, del régimen de visitas o la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, pero en todo caso se introducen algunas mejoras técnicas en la

regulación de las medidas cautelares, como la necesaria fijación de su duración, de la distancia geográfica en caso de alejamiento o la posibilidad de su mantenimiento durante la sustanciación de los recursos, que solo pueden merecer una valoración positiva.

En cualquier caso es de lamentar que no se haya regulado específicamente la posibilidad de imponer como medida cautelar el sometimiento del inculpado a programas de deshabituación a drogas o alcohol, cuando este sea el factor desencadenante del maltrato, como proponían las conclusiones del Seminario de Fiscales encargados de violencia doméstica celebrado en noviembre de 2004, por cuanto posibilitaría además de la protección de la víctima, valorar la predisposición del maltratador y los resultados del tratamiento incluso antes de que se dictase la sentencia.

#### **B.- Naturaleza jurídica de las medidas previstas en el Capítulo IV**

Según la Exposición de Motivos “se añade la posibilidad de que cualquiera de estas medidas de protección pueda ser utilizada como medida de seguridad, desde el principio o durante la ejecución de la sentencia, incrementando con ello la lista del art. 105 CP (introducido por la LO 11/1999) y posibilitando al Juez la garantía de protección de las víctimas más allá de la finalización del proceso”.

Pese a ello, el cuerpo normativo de la LO 1/2004 no contiene ninguna reforma de la legislación sustantiva o procesal en este punto, ni modifica el art. 105 CP expresamente mencionado en la Exposición motivada.

Por otra parte, el Capítulo IV del Título V de la LOMPIVG bajo el enunciado “Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas”, emplea indistintamente los conceptos de medida de seguridad y medida de aseguramiento. Así el art. 61.1 establece que las medidas de protección y

*seguridad* previstas en el presente Capítulo serán compatibles con cualesquiera de las medidas cautelares y de *aseguramiento* que se puedan adoptar en los procesos civiles y penales, y su apartado segundo que “En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente... deberá pronunciarse en todo caso sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de *aseguramiento* contempladas en este Capítulo, determinando su plazo, si procediera su adopción”. El art. 69, bajo el epígrafe “Mantenimiento de las medidas de protección y *seguridad*” establece que las medidas de este Capítulo podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen.

Todo ello conduce al cuestionamiento de la naturaleza jurídica de las medidas contempladas en este Capítulo IV, a las que el legislador denomina, además de medidas de protección, *medidas de seguridad de la víctima*.

El estudio de las normas reguladoras de las medidas de seguridad en el Código Penal, pone de manifiesto, como es sabido, que el sistema de garantías previsto en el ordenamiento jurídico en relación con las penas es igualmente predicable respecto de las medidas de seguridad: sumisión al principio de legalidad (art. 1.2 CP), prohibición de la retroactividad (art. 2.1 CP), carácter jurisdiccional de su imposición y ejecución (art. 3 CP). Además, conforme al art. 95 CP deben concurrir tres presupuestos esenciales para que se pueda imponer una medida de seguridad: que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito, que haya sido declarado, total o parcialmente, exento de responsabilidad criminal conforme a los números 1º, 2º ó 3º del art. 20 CP y que exista un pronóstico de probabilidad de la comisión de nuevos delitos. Por tanto, para la imposición de las medidas de seguridad deben concurrir todas las condiciones necesarias para dictar una sentencia condenatoria a excepción de las referidas a la imputabilidad del sujeto, que constituye, precisamente, el supuesto de aplicación de la norma. Por último la medida de seguridad ha de ser impuesta en

sentencia de forma motivada, previa consignación de los hechos probados y de su calificación jurídica.

La interpretación de las normas del Capítulo IV (Título V) de la LOMPIVG a la luz de la regulación de las medidas de seguridad en nuestro ordenamiento jurídico, parece reconducir el debate a una mera cuestión terminológica, ya que el concepto jurídico-penal de las medidas de seguridad parte como premisa de una previa situación de inimputabilidad o semiimputabilidad del inculpado, que en modo alguno aparece como presupuesto de aplicación de las denominadas “medidas de seguridad de las víctimas” previstas en dicho capítulo.

Por ello, no parece aventurado concluir que las medidas previstas en el Capítulo IV tienen naturaleza cautelar en todo caso, cualquiera que sea su denominación, lo que corrobora el hecho de que conforme al art. 69 LOMPIVG su plazo máximo de vigencia no trascienda de la fase de recursos, de forma que una vez recaída sentencia firme serán sustituidas por las correspondientes penas o medidas de seguridad previstas en el Código Penal y que hayan sido impuestas en dicha sentencia.

Por otra parte, entre las medidas que incluye el tan repetido Capítulo IV se regulan determinadas medidas de protección de menores que, hasta ahora, venían imponiéndose en los procedimientos penales como medidas de carácter civil al amparo de los arts. 158 CC y 544 ter LECrim. Concretamente este último precepto prevé como medidas de carácter civil susceptibles de ser adoptadas en la orden de protección: la atribución de la vivienda familiar, la determinación del régimen de custodia, visitas, comunicaciones y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios. Por su parte, la LO 1/2004 se refiere expresamente a algunas medidas de naturaleza civil en parte coincidentes con las anteriores, aunque de mayor carácter restrictivo de

derechos, como la suspensión de la patria potestad o la custodia de menores (art. 65) y la suspensión del régimen de visitas (art. 66)

Esta doble previsión legal acerca de medidas de naturaleza civil de similar o idéntico contenido, puede conducir en la práctica a alguna conclusión paradójica pero inevitable en tanto no se produzca una regulación unitaria de esta materia, ya que tanto la legitimación para instarlas, como la duración de las mismas será diferente según se reconduzca la solicitud de dichas medidas por el cauce de la orden de protección o al amparo de la LOMPIVG. En el primer caso, la legitimación activa para solicitar tales medidas civiles se reduce en el art. 544 ter.7 LECrim a la víctima o su representante legal, así como al Ministerio Fiscal si existen hijos menores o incapaces, mientras que la regulación de la LO 1/2004, no prevé una limitación semejante en sede de legitimación, siendo posible - conforme al art. 61.2- incluso la adopción de oficio por el Juez competente.

En segundo lugar, el párrafo segundo del art. 544 ter.7 LECrim, establece que las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días (prorrogables otros 30 si se insta un proceso de familia en la jurisdicción civil), mientras que la LO 1/2004 no recoge ninguna previsión semejante cuando ordena al Juez, en el art. 61.2, la necesaria determinación del plazo de duración de las medidas en caso de que proceda su adopción, por lo que la vigencia de estas medidas de naturaleza civil, salvo que sean adoptadas en el seno de una orden de protección, estará sometida al mismo régimen que el de las restantes medidas cautelares previstas en esta Ley.

Por último, tampoco condiciona la LO 1/2004, la adopción de tales medidas a que no hayan sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, por lo que serán aplicables, en todo caso, si así fuera preciso para proteger a los menores del entorno de la mujer maltratada cuando sean víctimas directas o indirectas de los comportamientos violentos.

Su adopción, en todo caso, debe responder al interés superior del menor y atender a una situación de riesgo para que justifique la medida (art. 39.2 CE, 2 LO 1/1996,158 CC y STS 24.4.00, SAP Guadalajara 228/2004, de 20 de octubre, SAP Santa Cruz de Tenerife 445/2004, de 24 de septiembre y SAP Barcelona 630/2004, de 3 de septiembre).

### **C.- Compatibilidad**

Predica el artículo 61.1 de la LO 1/2004 la compatibilidad de las relacionadas en su Capítulo IV con cualesquiera medidas cautelares y de aseguramiento que se puedan adoptar en los procesos civiles y penales, de modo que en nuestro ordenamiento jurídico pasan a coexistir un amplio elenco de medidas judiciales cautelares, de protección y aseguramiento aplicables a las situaciones de violencia de género. A saber:

- Medidas cautelares del art. 13 LECrim
- Medidas del art. 544 bis LECrim
- Orden de protección del art. 544 ter LECrim

Como recordaba la Circular 3/2003 de la FGE, *sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección*, tanto las medidas del art. 544 bis como las del art. 544 ter se pueden adoptar ya en las primeras diligencias preventivas del art. 13 LECrim, ya en otras fases más avanzadas del proceso penal, sea en la instrucción, en la fase intermedia o en la fase de apertura del juicio oral.

-Medidas del artículo 158 CC, aplicables según dispone el último párrafo de dicho precepto, tanto en el proceso civil -incluidos expedientes de jurisdicción voluntaria- como en el penal. Existiendo hijos menores, el catálogo de medidas cobra un carácter abierto al amparo de los arts.158 CC y 544 ter LECrim ya que

permiten la adopción de cualquiera que resulte conveniente o necesaria a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios: limitación de salidas al extranjero con el menor, conducir vehículos llevando a los hijos, etc.

-Medidas de la Ley de Enjuiciamiento Civil: medidas urgentes *inaudita parte* (art. 771.2 LEC), medidas provisionales previas (art. 771 LEC) o medidas provisionales coetáneas a la demanda (art. 773 LEC)

-Medidas de la LOMPIVG

Por tanto, tras la entrada en vigor de la LO 1/2004 nuestro ordenamiento jurídico contempla tres niveles de protección de las víctimas: uno general al amparo de los arts. 13 y 544 bis LECrim, un segundo nivel de protección reforzada para las víctimas de violencia doméstica conforme al art. 544 ter LECrim, y un tercer nivel de máxima tutela que añade a las anteriores las previsiones de la LO 1/2004.

#### **D.- Legitimación activa**

El artículo 61.2 LOMPIVG dispone que “En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda y custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, deberá pronunciarse, en todo caso, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este Capítulo ...” .

De este modo se prevé una extensa legitimación activa para solicitar las medidas de la LO 1/2004, que si bien, de un lado, es más amplia que la prevista en el art. 544 ter LECrim en relación con las solicitudes de orden de protección -

ya que éste, con relación a las entidades y organismos asistenciales, establece su obligación de poner los hechos en conocimiento del juez de guardia o del Ministerio Fiscal, mientras que el art. 61.2 LOMPIVG contempla que, sea la propia Administración, no se refiere por tanto a entidades de carácter privado, quien inste directamente las medidas previstas en el Capítulo IV- de otro, es más restringida dado que mientras el párrafo segundo del art. 544 ter legitima a las personas que tengan con la víctima alguna de las relaciones contempladas en el art. 173.2 CP, el art. 61.2 LOMPIVG en el caso de cónyuges o parejas, ascendientes, hermanos o descendientes que no sean hijos de la víctima, sólo los habilita si conviven con la víctima o están sujetos a su guarda y custodia.

#### **E.- Garantías para la adopción de las medidas.**

Establece el artículo 68 LOMPIVG que las medidas anteriormente mencionadas, deberán adoptarse mediante auto motivado en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad y, en todo caso, con intervención del Ministerio Fiscal y respeto de los principios de contradicción, audiencia y defensa.

El juicio de necesidad es una exigencia derivada del carácter restrictivo de derechos que es consustancial a estas medidas, por lo que solo estarán justificadas cuando resulten estrictamente necesarias para proteger a la víctima, tras ponderar con criterios de proporcionalidad los derechos en juego y los indicios de criminalidad que concurran en el caso concreto, ya que la medida debe estar en relación con el riesgo que se trata de evitar. En este sentido la STC 207/1996, de 16 de diciembre, recuerda que la medida cautelar debe ser idónea, necesaria y proporcionada en relación al fin constitucionalmente legítimo que se pretende.

Además de las dos condiciones explícitas -proporcionalidad y necesidad- a que se refiere el artículo 68, para su adopción deberán concurrir los presupuestos

generales de cualquier medida cautelar: *fumus boni iuris*- indicios de comisión de un hecho delictivo que pueda ser atribuido a una persona concreta- y el *periculum in mora* -entendido como peligro si se retrasa su adopción por existir una situación objetiva de riesgo para la víctima-.

No establece la Ley el cauce procesal para la tramitación de las solicitudes de las medidas previstas en su Capítulo IV, por lo que en principio cabe entender que la celebración de comparecencia judicial no constituye un requisito ineludible, siempre que se oiga a la víctima, a la persona solicitante de la medida si es distinta, se posibilite la intervención del Ministerio Fiscal y demás partes personadas y se observen, en suma, los principios de contradicción, audiencia y defensa. No obstante, la referencia a la orden de protección contenida en el art. 62 posibilita que ésta sea el instrumento a través del cual se adoptarán normalmente estas medidas, aún cuando también podrán adoptarse separadamente.

A tal conclusión conduce el hecho de que la LO 1/2004, establece en sus artículos 23, 26 y 27 que las situaciones de violencia de género que dan lugar al reconocimiento de los derechos de carácter laboral, económico y social previstos en el Título II de dicha Ley se acreditarán con la *orden de protección* a favor de la víctima o, excepcionalmente y hasta tanto se dicta dicha orden, con un informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género.

En el mismo sentido, el programa de teleasistencia para la protección de las víctimas de la violencia de género puesto en marcha recientemente por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales dirige, igualmente, dicho servicio a las mujeres víctimas de violencia de género *que tengan concedida una orden de protección*.

La orden de protección a favor de la perjudicada, como se indica en la Instrucción 2/2005 de la Fiscalía General del Estado, *sobre acreditación por el Ministerio Fiscal de las situaciones de violencia de género*, se erige de este modo en requisito necesario y título hábil para que la víctima de violencia de género pueda acogerse a los derechos recogidos en la Ley, posibilitando que las distintas Administraciones públicas, estatal, autonómica y local, activen de forma inmediata los instrumentos de protección social establecidos en sus respectivos sistemas jurídicos.

Lo expuesto exige ponderar desde esta nueva perspectiva el cauce procesal que deben seguir las solicitudes de medidas de protección por parte de las víctimas tanto de violencia de género, como doméstica, y conduce a las siguientes conclusiones:

- Si la medida de protección es solicitada por una mujer víctima de violencia de género, ésta deberá ser informada de que conforme a lo previsto en la LO 1/2004, el reconocimiento de determinados derechos dependerá de la obtención de una orden de protección a su favor, al igual que el acogimiento al programa de teleasistencia del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Si dicha medida se solicita por cualesquiera otras víctimas de violencia doméstica, éstas deberán conocer que conforme al art. 544 ter de la LECrim la orden de protección también les confiere un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal previstas en el art. 544 ter, así como aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico.
- Si una vez suficientemente informada, para lo cual será crucial la asistencia letrada especializada desde el momento mismo de la denuncia prevista en el art. 20.1 de la Ley, la víctima opta por solicitar únicamente la prohibición de

aproximación o cualquier otra de las previstas en el art. 544 bis o en la LOMPIVG, por no precisar otro tipo de medidas tuitivas, esta protección podrá tramitarse conforme a dicho artículo o conforme a la LO 1/2004.

No obstante, debe recordarse que, la petición de una orden de protección nunca debe impedir la adopción urgente de medidas de protección cuando las circunstancias del caso no permitan esperar a la celebración de la audiencia prevista en el art. 544 ter LECrim o cuando se prevea que ésta no podrá celebrarse en el plazo de 72 horas legalmente establecido por algún motivo; en estos casos, como ya apuntaron la Circular 3/2003 y la Instrucción 2/2005 de la Fiscalía General del Estado anteriormente citadas, podrán adoptarse las medidas cautelares de carácter penal previstas en el art. 544 bis LECrim, que no requieren la celebración de comparecencia o medidas de carácter civil para la protección de los hijos menores al amparo del art. 158.4 Código Civil.

También, aunque la LO 1/2004 guarda silencio al respecto, debe entenderse que en supuestos excepcionales y por concurrir circunstancias acreditadas de especial urgencia será posible adoptar las medidas previstas en ella *inaudita parte* si así lo exige el interés prioritario de protección de la víctima (STC 70/2005, de 4 de abril), sin perjuicio de que tan pronto como sea posible se de audiencia al sujeto afectado permitiéndole ejercitar su derecho de defensa, tras lo que serán ratificadas o no, de forma que queden garantizados, aún de modo diferido, los principios de contradicción, audiencia y defensa enunciados expresamente en el artículo 68.

En cuanto a la intervención del Ministerio Fiscal en el trámite de adopción de las medidas, son reproducibles los pronunciamientos contenidos en la Circular 3/2003 de la Fiscalía General del Estado en el sentido de que en supuestos de urgencia la adopción de las medidas debe primar sobre la intervención del Fiscal,

por lo que cabrá su adopción de oficio, o a instancia de parte, estando así expresamente previsto en el art. 61.2 LOMPIVG.

No obstante, la falta de intervención del Ministerio Fiscal, como recordaba la Circular citada, debe entenderse como algo absolutamente excepcional que, en caso de producirse, debe ser contrarrestada con una participación efectiva en los trámites ulteriores referidos a las medidas así adoptadas, ya que la intervención del Ministerio Fiscal está especialmente indicada y prevista en la Ley (art. 68 LOMPIVG) tanto por la trascendencia de los bienes jurídicos en juego, como por la necesidad de garantizar los derechos de las partes en momentos, generalmente iniciales del proceso, cuando los indicios de criminalidad pueden aparecer poco contrastados.

En relación con este apartado conviene efectuar tres últimas precisiones:

1ª.- Conforme a lo previsto en la DT 2ª LOMPIVG las medidas previstas en el Capítulo IV son aplicables a cualquier procedimiento penal o civil relacionado con la violencia de género que se encuentre en tramitación a su entrada en vigor (a estos efectos el 29.6.05), aún cuando éstos continuarán siendo competencia de los órganos que vinieren conociendo de los mismos hasta esa fecha.

2ª.- Tales medidas deberán ser inscritas en el Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica ya que aunque la LOMPIVG no lo mencione expresamente, conforme al art. 4 del Real Decreto 355/2004, de 4 de marzo, regulador de dicho Registro, en el mismo han de anotarse los datos relativos a penas y medidas de seguridad impuestas en sentencias por delito o falta y las medidas cautelares y órdenes de protección acordadas en procedimientos penales en tramitación, siempre que hubieran sido adoptadas por los jueces y tribunales de la jurisdicción penal en causas seguidas contra alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2 del Código Penal.

3ª.- Los Sres. y Sras. Fiscales deberán velar porque las medidas que se adopten a lo largo del procedimiento a favor de las víctimas de violencia de género, se comuniquen a las mismas como imponen los arts. 109, y en su caso, 544 ter LECrim, aunque la LOMPIVG no contenga previsión expresa al respecto.

#### **F.- Pronunciamiento expreso en todo caso.**

Conforme al citado artículo 61.2 LOMPIVG *“En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente, de oficio o a instancia de alguna de las personas o instituciones mencionadas en el apartado anterior, deberá pronunciarse en todo caso sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en el Capítulo IV”*.

La lectura de dicho precepto impone dos observaciones:

La primera -derivada de la expresión *“en todos los procedimientos”*- relativa a que tal pronunciamiento debe efectuarse tanto en los procedimientos que se sigan por delito, como por falta, siempre que estén relacionados con actos de violencia de género. Este enunciado posibilita la adopción de las medidas cautelares penales previstas en esta Ley, también en los procedimientos que se sigan por faltas, cuestión que con la redacción actual del art. 544 ter 6 de la LECrim no resultaba pacífica, al interpretarse que la remisión de dicho precepto a los requisitos establecidos con carácter general en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no permitía dictar medidas cautelares en tales procedimientos, ya que el art. 544 bis LECrim se ciñe *“a los supuestos de investigación de un delito de los mencionados en el artículo 57 del CP”*. Ahora bien, dado que no se modifica la redacción de estos últimos preceptos, hemos de entender que el art. 61.2 LO 1/2004 se refiere a las medidas cautelares y de aseguramiento previstas en este Capítulo y siempre en el hipotético caso de que, en el limitado campo de aplicación de las faltas en el ámbito de la violencia de género (injurias o

vejeciones injustas y poco más), cupiesen situaciones objetivas de riesgo que exigiesen la adopción de tales medidas.

La segunda conclusión a que se hacía alusión, viene referida a que tal obligación se impone al “*Juez competente en todo caso*”, de modo que éste imperativamente, y caso por caso, deberá pronunciarse expresamente sobre la necesidad de adoptar o no alguna medida de protección, tras valorar la situación de riesgo para la víctima, incluso aunque no sea instada por terceros. Es obvio que con tal previsión el legislador pretende garantizar la protección de la víctima aún cuando la misma o los terceros legitimados para instar las medidas permanezcan inactivos o aunque se produzcan omisiones propiciadas por eventuales supuestos de descoordinación.

#### **G. Duración de las medidas.**

Afirma la Exposición de Motivos que “se opta por la delimitación temporal de estas medidas (cuando son medidas cautelares) hasta la finalización del proceso”. Esta afirmación debe ponerse en relación con lo dispuesto en el art. 61.2 LOMPIVG “... el juez competente... deberá pronunciarse en todo caso sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento... determinando su plazo...” por lo que, pese a lo que pudiera parecer de la lectura de la Exposición de Motivos, no se establecen plazos de duración predeterminados, sino que se deja a la decisión del Juez (art. 61.2), como no podía ser de otra manera, ya que en tanto medidas cautelares su duración estará en función de la que tenga la situación de riesgo que pretenden eliminar. En todo caso si la medida cautelar es privativa de libertad su duración máxima será la prevista en el art. 504 LECrim, o en otro caso, se atenderá a la que tendría si se impusiese como pena o medida de seguridad.

Esta previsión de pronunciamiento expreso sobre la duración de las medidas ciertamente acabará con la indeseable práctica de adopción de medidas cautelares sin determinación de su plazo de vigencia que se observaba en el uso forense.

Aún así, la mención de la Exposición de Motivos fundamentalmente viene referida a la previsión contenida en el art. 69 LOMPIVG conforme a la cual las medidas de este capítulo podrán mantenerse tras la sentencia definitiva (entiéndase en la instancia) y durante la tramitación de los eventuales recursos, a fin de garantizar también la protección de la víctima en el tiempo que transcurre desde que se dicta sentencia en la primera instancia hasta que recae sentencia firme, así como en supuestos de anulación de sentencia con retroacción de la causa.

La Ley sólo condiciona la subsistencia de las medidas en tales casos al dictado de un pronunciamiento expreso en este sentido en la sentencia, por lo que los Sres. y Sras. Fiscales deberán velar porque así se produzca instándolo expresamente, cuando fuera necesario para la protección de la víctima en atención de las circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado.

Aunque esta prevención (mantenimiento de las medidas cautelares durante la tramitación de los recursos) ya era habitual en la práctica, es de valorar muy positivamente su regulación expresa por cuanto favorece una aplicación uniforme por los distintos órganos de enjuiciamiento.

En este sentido las conclusiones del Seminario anteriormente citado, proponían que las medidas cautelares se mantuvieran en vigor durante el tiempo intermedio hasta que se dictase sentencia firme si persistía la situación de riesgo ya que, en otro caso, se provoca una situación de total indefensión a la víctima o a sus familiares contraria al espíritu de la norma; también aconsejaban instar la

adopción como medida cautelar de las prohibiciones que hubieran podido imponerse al reo en la propia sentencia mientras se resuelven los recursos contra ésta.

Por último, debe tenerse presente que el tiempo de duración de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente será abonado para el cumplimiento de la pena conforme a lo dispuesto en el apartado 4º del art. 58 CP.

## **H.- Elenco de Medidas**

Concretamente, el Capítulo IV de la LO 1/2004, recoge las siguientes medidas:

*H.1.- Orden de protección.* Prevista en el artículo 62. Sólo la puede adoptar el Juez de Violencia sobre la mujer y, en su caso, el Juez de guardia (vid. *supra*). Por lo demás remite a lo dispuesto en el artículo 544 ter LECrim.

*H.2.- Protección de datos y limitaciones de la publicidad.*

Dispone el párrafo primero del artículo 63 "1. *En las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia de género se protegerá la intimidad de las víctimas; en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y los de cualquier otra persona que esté bajo su guarda o custodia.*

*2. Los Jueces competentes podrán acordar de oficio o a instancia de parte, que las vistas se desarrollen a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas".*

Con tales medidas el legislador pretende evitar fenómenos de victimización secundaria superponiendo el interés de la víctima a todo otro, de acuerdo con el

principio de protección integral recogido en el art. 2 g) como principio rector de la LO 1/2004 (“Fortalecer el marco penal y procesal vigente para asegurar una protección integral, desde las instancias jurisdiccionales, a las víctimas de violencia de género”).

Para ello se refuerzan los mecanismos de garantía previstos en la legislación vigente, por una doble vía:

a) De un lado, reforzando la seguridad de las víctimas, preservando del conocimiento del imputado aquellos datos personales de la misma así como de las personas que de ella dependan y que puedan afectar a su seguridad (nuevo domicilio, centro de trabajo, colegio de los hijos, etc.); para ello se podrá acordar durante la instrucción de la causa que no consten en las diligencias tales datos o fijar como domicilio de la testigo la sede del órgano judicial, con el fin de practicar allí las notificaciones, que luego se harán llegar reservadamente a la destinataria. La previsión de reserva se amplía a cualquier fase del procedimiento y viene a sumarse a la obligación prevista para la fase de instrucción en los arts. 301 y 302 LECrim con carácter genérico.

La misma finalidad protectora informa la prevención contenida en el modelo de solicitud de la orden de protección, cuando dispone que, si la solicitante manifiesta su deseo de abandonar el domicilio familiar, no debe hacerse constar el nuevo domicilio al que se traslade, ni tampoco el número de teléfono propio, bastando la designación del domicilio o el teléfono de una tercera persona que garantice la citación de la solicitante ante la policía o ante el Juzgado.

Todo ello, con independencia de la adopción de las medidas de prevención previstas en la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección de Testigos y Peritos en Causas Criminales, cuando se aprecie racionalmente un peligro grave

para la persona, la libertad o los bienes de la víctima-testigo, o de su cónyuge, o de quien estuviera unido a ella por análoga relación de afectividad, o de sus descendientes o hermanos.

Debe recordarse que conforme al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 6 de octubre de 2000, la adopción de la medida de impedir la visualización del testimonio de un testigo en el acto del juicio oral por parte del acusado, a que hace referencia el apartado b) del art. 2 LO 19/1994, precisa que el Tribunal motive razonablemente su decisión.

Cuando las víctimas fueren menores de edad se podrán adoptar medidas excepcionales de protección como las previstas en la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que reformó en esta materia los arts. 448, 455, 707 y 713 de dicha Ley procesal, evitando careos o la confrontación visual con el agresor durante la práctica de la declaración testifical. Asimismo deben cuidarse especialmente las comparecencias de los menores, articulándolas de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, preservando su intimidad como preceptúa el art. 9.1 LO 1/1996.

b) De otro, proporcionando una mayor tutela del derecho a la intimidad de las víctimas, en tanto que derecho de la personalidad derivado de la dignidad humana; para ello, además de establecer la obligación de proteger, en todo caso, los datos personales de las víctimas de violencia de género, así como de sus descendientes y otras personas sometidas a su guarda y custodia (art. 63.1) limita la publicidad del juicio oral frente a la difusión de información o la utilización de su nombre o imagen, de forma que no tenga que soportar la revelación de datos íntimamente imbricados en su esfera personal o familiar.

De modo que si bien el principio de publicidad de las actuaciones judiciales garantizado en el art. 120.1 CE (*“las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento”*) impone que la regla general debe ser que las vistas se desarrollen con publicidad, si tal principio entra en conflicto con derechos fundamentales de la víctima, el Juez o Tribunal de oficio o a instancia de parte, podrá acordar motivadamente que se desarrollen a puerta cerrada previa ponderación de los derechos en juego conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad (STC 57/2004, de 19 de abril).

Igualmente serán de aplicación, en su caso, las prevenciones de la LO 19/1994 en cuanto a la prohibición de tomar imágenes de testigos (art. 3.1) y las de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, cuando dispone que el Ministerio Fiscal cuidará de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada o su dignidad, pudiendo solicitar la celebración del proceso penal a puerta cerrada, de conformidad con lo previsto en la legislación procesal (art. 15.5).

Así mismo debe recordarse que el art. 4.1 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, reputa intromisión, *“cualquier utilización de su imagen o nombre en los medios de comunicación... que sea contraria a sus intereses”* y la STC de 14 de febrero de 1991 afirma que *“es preciso preservar al menor de los efectos adversos que puedan resultar de la publicidad de las actuaciones judiciales, por lo que puede y debe, limitarse en estos casos la publicidad del proceso, como excepción al derecho a un proceso público”*.

Con relación a los procedimientos civiles relacionados con la violencia de género, debe recordarse que de conformidad con los artículos 147 y 187 de la LEC, las vistas y comparecencia *deben ser registradas en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen..., pudiendo las partes pedir, a su*

*costa, copia de las grabaciones originales*, prescripción que a la luz de lo dispuesto en el art. 60 LOMPIVG podría modularse de forma motivada si así fuera necesario para proteger el interés de la víctima.

La cautela introducida en el apartado segundo del art. 63 corre pareja a la contenida en el art. 232.2 LOPJ con carácter general para todos los procesos jurisdiccionales (*“Los Jueces y Tribunales pueden limitar el ámbito de la publicidad excepcionalmente por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades mediante resolución motivada”*) y en los arts. 138.2 y 754 LEC en relación con los procesos civiles -regulación que, además, es supletoria para el resto de los procesos en virtud del art. 4 de dicha Ley procesal civil- cuando prevén la celebración de las actuaciones a puerta cerrada si *“... los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exigen...”* o *“que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, siempre que las circunstancias lo aconsejen y aunque no se esté en ninguno de los casos del apartado 2 del art. 138”*. Por su parte el artículo 140 de la LEC establece el alcance de esta última medida al disponer *“quienes acrediten un interés legítimo, podrán examinar las actuaciones judiciales y pedir copia de los documentos. Si se atribuye a los autos carácter reservado, sólo las partes podrán conocer las actuaciones”*.

Por último recordar que el art. 20.4 CE establece que las libertades consagradas en dicho precepto (libertad de expresión y derecho a la información) tienen su límite en el respeto del derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia.

*H.3.- Medidas de salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones.*

a) Salida del domicilio.

Se trata de medidas ya previstas en el artículo 544 bis LECrim, salvo la salida del domicilio y la prohibición de volver al mismo, que, de algún modo, se aplicaba implícitamente al decretar la prohibición de acercamiento a la víctima o de residencia en determinado lugar. En cualquier caso, debe valorarse muy positivamente su inclusión expresa, ya que resulta inaceptable que la víctima, además de padecer la agresión se vea penalizada con la necesidad de abandonar su domicilio para protegerse de nuevas agresiones y poder mantener la denuncia. Dada su redacción, dicha medida podrá adoptarse con independencia de la titularidad de la vivienda, ya que sólo afecta a su uso.

Con carácter excepcional el art. 64.2 LOMPIVG prevé que el Juez podrá autorizar que la persona protegida concierte con una agencia o sociedad pública, allí donde la hubiere y que incluya entre sus actividades la del arrendamiento de viviendas, la permuta del uso atribuido de la vivienda familiar de la que sean copropietarios, por el uso de otra vivienda, durante el tiempo y en las condiciones que se determinen. Esta posibilidad, prevista con carácter excepcional y condicionada a supuestos de copropiedad de la vivienda, pretende posibilitar que la víctima mantenga la vivienda familiar, al tiempo que facilitarle el acceso a una tercera vivienda, cuando las circunstancias le imponga un provisional cambio de residencia.

b) Alejamiento.

Dispone el art. 64 que el Juez podrá prohibir al inculpado que se aproxime a la persona protegida. Es una medida cuyo contenido coincide esencialmente

con el de la pena prevista en el art. 48 CP, con la medida de seguridad del art. 105 g) CP y con el de la medida cautelar personal del art. 544 bis LECrim, si bien se establece expresamente la obligación de fijar una distancia mínima entre el inculcado y la persona protegida, distancia que en el Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica y de Género -que el art. 31.3 LOMPIVG dispone expresamente que habrá de ser tenido en cuenta en la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado- se fija en al menos 500 metros a fin de evitar la confrontación visual entre la víctima y el imputado. También es novedosa la previsión de que el alejamiento se pueda acordar con independencia de que la persona afectada o aquellas a quien se pretenda proteger hubieran abandonado previamente el lugar, lo que obedece a la finalidad de posibilitar que la persona protegida pueda regresar a su entorno habitual si decidió abandonarlo para asegurar su protección o la de su familia.

El art. 64.3 prevé que “podrá acordarse la utilización de instrumentos de tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento”, de modo que la posibilidad de utilización de tales mecanismos prevista inicialmente sólo para los penados en el art. 48.4 CP (redacción LO 15/2003), se hace extensivo al control de las medidas de alejamiento impuestas con carácter cautelar en los procedimientos que se sigan por violencia de género, mas no en relación con otros delitos que posibiliten la adopción de dicha medida (art. 57 CP).

c) Prohibición de comunicación, medida que también resulta de idéntico contenido a la ya prevista en el art 544 bis LECrim.

#### *H.4.- Suspensión de la patria potestad o la custodia de menores.*

También resulta muy positiva la regulación explícita de la suspensión de la patria potestad o custodia como medida cautelar durante la sustanciación de la

causa y resulta acorde con la introducción de la inhabilitación especial para el ejercicio de los mismos derechos como pena principal en los nuevos delitos de los artículos 153, 173.2 (redacción LO 11/2003) 171.4 y 5 y 172.2 (redacción LO 1/2004) en determinados supuestos. Esta medida resultará especialmente necesaria si las circunstancias que concurren son graves posibilitando su adopción e incluso su mantenimiento como tal medida cautelar hasta la sentencia firme sin necesidad de acudir al proceso civil. La regulación de esta medida debe ponerse en relación con el art. 46 CP, reformado por la LO 15/2003, regulador de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, donde se incluye como novedad que se pueda acordar respecto de todos o de alguno de los menores que estén a cargo del penado.

Ahora bien, dado el ámbito de aplicación previsto en la LOMPIVG, sólo será aplicable cuando la violencia sobre los menores guarde conexión con la situación de la mujer, quedando subsistente, por tanto, la necesidad de establecer su previsión específica como medida cautelar en el elenco de posibilidades que proporciona el art. 544 bis LECrim para abarcar los supuestos de conductas delictivas graves dirigidas contra los menores, etc., sin relación con situaciones de violencia de género, aunque conforme al art. 544 ter LECrim podrá ser adoptada como medida civil en la orden de protección si el hecho está relacionado con la violencia doméstica.

Conviene recordar, por último, que se trata de medidas de suspensión, por lo que la privación de tales derechos sólo cabe imponerla por sentencia y en relación con aquellos delitos que expresamente prevean la correspondiente inhabilitación especial como pena.

#### *H.5.- Suspensión del régimen de visitas*

Una de las propuestas suscitada en el Primer Encuentro de Violencia Doméstica, ya mencionado, consistió precisamente en que la violencia entre la pareja, indiciariamente acreditada, debía ser causa de suspensión inmediata del régimen de visitas respecto de los hijos, desde el entendimiento de que los menores son siempre víctimas, cuando menos, de violencia psicológica, siendo necesario el distanciamiento respecto del maltratador para que puedan recuperarse psicológicamente y para que los hijos no asuman la violencia como medio de resolución de conflictos. No obstante, sin desconocer la fuerza de estos argumentos, fijar en todo caso la suspensión absoluta de cualquier régimen de visitas del agresor para con los hijos comunes puede no resultar oportuna, ya que se puede romper, de manera inadecuada, una relación paterno-filial bien estructurada. Más acertado será estipular, según los casos, el régimen de visitas más acorde al supuesto de hecho, de modo que en ocasiones deberá suspenderse, en otras limitarse y en otras establecerlo progresivamente para poder evaluar el comportamiento del padre y la repercusión en el menor, siempre y cuando se evite el contacto directo de los progenitores y, por tanto, la ocasión para nuevas agresiones y se atienda el hecho de que el padre no instrumentalice a los hijos para seguir maltratando psicológicamente a la mujer.

En este sentido, la Instrucción 4/2004, de 14 de junio, de la Fiscalía General del Estado, *acerca de la protección de las víctimas y el reforzamiento de las medidas cautelares en relación con los delitos de violencia doméstica*, apunta que la aplicación de esa medida no debe revestir un carácter indiscriminado y de aplicación automática, sino que habrá de ser reservado para casos cuya gravedad o especial naturaleza así lo aconsejen... para la protección de los menores que se dibujen como víctimas potenciales de la violencia del agresor.

Como es sabido, la LO 15/2003 introduce una novedad en el art. 48.2 CP según la cual hasta el total cumplimiento de la pena de prohibición de aproximación quedará en suspenso el régimen de visitas, comunicación y estancia que respecto de los hijos, se hubiera establecido en sentencia civil, mas como indica la Circular 2/2004, *sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por la LO 15/2003* esta suspensión del régimen de visitas procederá cuando la prohibición de aproximación se hubiera acordado respecto de los hijos atendiendo a las circunstancias del caso.

#### *H.6.- Suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas.*

Igualmente resulta muy acertado que el legislador prevea expresamente esta medida no recogida en el artículo 544 bis LECrim y que hasta ahora se imponía como medida cautelar al amparo del artículo 13 de dicha Ley procesal. Como pena principal se contemplaba en los nuevos artículos 153 y 173 CP (LO 11/2003) y tras la reforma operada por la LOMPIVG en los arts. 171.4 y 5 y 172.2 del CP también con relación a las amenazas y coacciones leves, mas no en otros relacionados con la violencia doméstica no afectados por dicha reforma, tales como el homicidio, las amenazas o coacciones graves o las lesiones constitutivas de delito.

## **IX.-DERECHO SUPLETORIO**

Ninguna mención hace el legislador en este punto salvo la remisión a los procedimientos y recursos previstos en las Leyes de Enjuiciamiento Criminal y Civil, contenida en los nuevos arts. 87 ter LOPJ y 49 bis LEC.

Efectivamente, el apartado primero del artículo 87 ter.1 de la LOPJ (adicionado por el art. 44 de la LO 1/2004) reza: "Los Juzgados de Violencia

sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, *de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal...*”. A su vez, el apartado segundo del mismo art. 87 ter dispone “Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, *en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*” La misma prevención se recoge en el nuevo art. 49 bis.5 LEC “Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer ejercerán sus competencias en materia civil de forma exclusiva y excluyente, y *en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.*” Aparte de estas referencias y a diferencia de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado o de Responsabilidad Penal del Menor, la LOMPIVG no menciona a las Leyes de Enjuiciamiento Criminal o Civil como normas supletorias de carácter general, probablemente porque, a diferencia de aquéllas, no crea un régimen procedimental nuevo, sino que se introducen sólo determinadas especialidades en los ya existentes. Por tanto, hemos de entender que las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal tienen carácter subsidiario en todo lo no previsto en la LO 1/2004 en lo referido a la tutela procesal civil y penal, siempre que ésta no disponga lo contrario (Disposición derogatoria única).

## **X.- DERECHO TRANSITORIO**

La LO 1/2004 sólo contiene dos disposiciones transitorias, referidas respectivamente (obsérvese que, por error, el enunciado de ambas disposiciones se encuentra cambiado) a los órganos judiciales competentes para el conocimiento de los procedimientos relacionados con la violencia de género que se encuentren en tramitación en el momento de entrada en vigor de la Ley, y a la posibilidad de aplicación de las medidas previstas en el Capítulo IV del Título V a dichos procesos.

### **X.-I. Disposición transitoria primera.**

“Los procesos civiles y penales relacionados con la violencia de género que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de la presente Ley continuarán siendo competencia de los órganos que vinieran conociendo de los mismos hasta su conclusión por sentencia firme”

Esta afirmación, consecuencia lógica del derecho al Juez predeterminado por la Ley, precisa, no obstante, de alguna matización conforme a lo dispuesto en los propios preceptos de la LO 1/2004:

a) En relación con los procesos civiles: debe tenerse en cuenta que la pérdida de competencia objetiva prevista en el nuevo art. 49 bis LEC puede afectar a los procesos civiles en tramitación -siempre que no hubieran llegado a la fase del juicio oral- si con posterioridad a la entrada en vigor de la LOMPIVG el Juez civil tuviera noticia de la comisión de un acto de violencia de género cometido bajo la vigencia de la Ley nueva y concurrieran los presupuestos previstos en el art. 87 ter LOPJ.

b) En relación con los procesos penales: puede ocurrir, que con posterioridad a la entrada en vigor, se tenga noticia de un hecho nuevo que resulte determinante de la habitualidad en la conducta de maltrato, en cuyo caso el Juzgado de Instrucción que esté conociendo de los concretos actos de violencia que integren el delito habitual deberá inhibirse a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer competente para instruir el delito del art. 173.2 CP salvo que hubiera finalizado la fase de instrucción.

## **X.-II. Disposición transitoria segunda.**

“En los procesos sobre hechos contemplados en la presente Ley que se encuentren en tramitación a su entrada en vigor, los Juzgados o Tribunales que los estén conociendo podrán adoptar las medidas previstas en el Capítulo IV del título V”.

Esta previsión extiende la posibilidad de que, a partir de la entrada en vigor la LO 1/2004, las medidas previstas en los artículos 61 y siguientes de la LOMPIVG sean aplicables por los Jueces y Tribunales que estuvieran conociendo -conforme a la legislación anterior- de procesos en tramitación por hechos que, en atención a lo dispuesto en la LOMPIVG, se pudieran considerar relacionados con la violencia de género.

Madrid, 18 de julio de 2005

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

EXCMOS./ILMOS. SRES. Y SRAS. FISCALES JEFES.

## **ANEXO I**

### **Principales instrumentos internacionales dirigidos a la eliminación de la violencia contra la mujer:**

.- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1979, ratificada por España el 5 de enero de 1984, y su Protocolo Facultativo de 6 de octubre de 1999, ratificado por España el 24 de julio de 2001.

.- Declaración de 20 de diciembre de 1993, sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, proclamada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 48/104.

.- La Resolución 52/86 de la Asamblea General de la ONU, de 12 de diciembre de 1997, sobre medidas de prevención del delito y de la justicia penal para la eliminación de la violencia contra la mujer.

.- Declaración de Beijing y su Plataforma de Acción, aprobada en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer el 4 de septiembre de 1995.

.- Resolución de 16 de septiembre de 1997 del Parlamento Europeo sobre Campaña Europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres (DOC 6 de octubre de 1997 nº 304).

.- Decisión 293/2000/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de enero de 2000, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (programa Daphne I) (2000-2003) sobre medidas preventivas destinadas a combatir la violencia ejercida sobre los niños, los adolescentes y las mujeres.

.- Decisión 2001/51/CE del Consejo de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre estrategia comunitaria en materia de igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005).

.- Resolución de 13 de marzo de 2002 del Parlamento Europeo sobre Mujeres y Fundamentalismo (DOC 27 de febrero de 2003, núm. 47-E).

.- Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2002) 5 sobre la protección de las mujeres contra la violencia (adoptada el 30 de abril de 2002).

.- Decisión 803/2004/CE del Parlamento Europeo de 21 de abril de 2004 por la que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne II).

.- Decisión nº 848/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, por la que se establece un programa de acción comunitario para la promoción de las organizaciones que trabajan a escala europea en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres, y por último,

.- Informe anual de la Unión Europea sobre los derechos humanos 2004 aprobado por el Consejo de la Unión Europea el 13 de septiembre de 2004.

## **ANEXO II**

### **Normativa Autonómica**

- Ley 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de Malos Tratos y de Protección a las Mujeres Maltratadas, de Castilla-La Mancha.

.-Ley Foral 22/2002, de 2 de julio, de Adopción de Medidas Integrales contra la Violencia Sexista del Parlamento de Navarra, modificada por Ley Foral 12/2003, de 7 de marzo.

.- Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres de las Cortes de Castilla y León.

.- Ley 9/2003, de 2 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres de 2 de abril de 2003, de las Cortes Valencianas.

.- Ley 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género del Parlamento de Canarias.

.- Ley 1/2004, de 1 de abril, Integral para la Prevención de la Violencia contra las Mujeres y la Protección a sus Víctimas del Parlamento de Cantabria.

.- Ley 7/2004, de 16 de julio, por la Igualdad de Mujeres y Hombres, del Parlamento de Galicia.