

**TUTELA PROCESAL
FRENTE A HECHOS
DE VIOLENCIA DE GÉNERO**

Col·lecció «Estudis jurídics»
Núm. 13

TUTELA PROCESAL FRENTE A HECHOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

LA PROTECCIÓN PROCESAL DE LAS VÍCTIMAS
DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA
Y EN PAÍSES RELEVANTES
DE NUESTRO ENTORNO CULTURAL

JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER
(COORD.)



BIBLIOTECA DE LA UNIVERSITAT JAUME I. Dades catalogàfiques

TUTELA procesal frente a hechos de violencia de género : la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural / Juan-Luis Gómez Colomer, coordinador — Castelló de la Plana : Publicacions de la Universitat Jaume I, DL 2007

p. : il. ; cm. — (Estudis jurídics ; 13)

Bibliografia

ISBN 978-84-8021-608-1

1. Violència envers les dones-Dret-Espanya. 2. Violència envers les dones. I. Gómez Colomer, Juan Luis. II. Universitat Jaume I. Publicacions. III. Sèrie.

343.6(460)

343.6

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

© Del texto: Los autores, 2007

© De la presente edición: Publicacions de la Universitat Jaume I, 2007

Edita: Publicacions de la Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions
Campus del Riu Sec. Edifici Rectorat i Serveis Centrals. 12071 Castelló de la Plana
Fax 964 72 88 32
<http://www.tenda.uji.es> e-mail: publicacions@uji.es

ISBN: 978-84-8021-608-1

Imprime: Book Print Digital, SA

Depósito legal: B-24.691-2007



AUTORES

Ana Teresa Carazo Johanning
Montserrat Comas d'Argemir Cendra
Olga Fuentes Soriano
Juan-Luis Gómez Colomer
José L. González Cussac
Fernando Herrero-Tejedor Algar
José Hurtado Pozo
Manuel Marchena Gómez
Maria Marta Juri
Elena Martínez García
Juan Montero Aroca
Víctor Moreno Catena
Renzo Orlandi
María-Ángeles Pérez Cebadera
Walter Perron
Andrea Planchadell Gargallo
Carmen Senés Motilla

ÍNDICE

Prólogo	
FRANCISCO TOLEDO LOBO	19
Presentación	
MARGARITA PORCAR MIRALLES	23
Introducción del coordinador	
JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER	29

A) ANÁLISIS JURÍDICO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA

La violencia doméstica y de género: diagnóstico del problema y vías de solución	
MONTSERRAT COMAS D'ARGEMIR CENDRA	39
I. Radiografía de la violencia doméstica y de género	41
II. Evolución de la respuesta legislativa y judicial	46
III. Objetivos de la Ley de Medidas de Protección integral contra la Violencia de género	48
IV. Contexto normativo internacional de la LIVG	55
V. Estructura del texto legislativo	57
VI. Reformas penales de la LIVG	61
VII. Tutela judicial: competencias del Consejo General del Poder Judicial relativas al funcionamiento de los JVM ..	66

**Visión general sobre la ley de medidas de protección integral
contra la violencia de género**

JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER	73
I. Introducción	75
II. El concepto legal de violencia de género y el fundamento constitucional de la protección integral	79
III. Objeto y ámbitos jurídicos de aplicación	85
A) El objeto de la ley	86
B) Los ámbitos jurídicos en que se proyecta la protección integral	91
IV. Los derechos de las víctimas	92
V. La creación de un nuevo Juzgado multicompetencial	95
A) El Juzgado de Violencia sobre la Mujer	96
B) La competencia civil del Juzgado de Violencia sobre la Mujer	98
C) La competencia penal del Juzgado de Violencia sobre la Mujer	102
VI. La creación de una nueva Fiscalía delegada	107
VII. La tutela penal sustantiva	108
VIII. La protección procesal civil	115
A) Los supuestos fácticos que fundan la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer	115
B) La pérdida de la competencia objetiva y funcional del juez ordinario civil	116
C) La exclusión de la mediación	118
IX. La protección procesal penal	120
A) Especialidades en caso de juicios penales rápidos por delito	120
B) El problema de si es admisible la conformidad en los procesos penales por hechos punibles de violencia de género	122
X. Las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas	124
A) En el proceso civil	124
B) Medidas concretas previstas legalmente	126
C) Consideración especial de la orden de protección	130

Perspectivas inmediatas en la aplicación judicial de la legislación contra la violencia de género	
JUAN MONTERO AROCA y ELENA MARTÍNEZ GARCÍA	133
I. Las perspectivas en el examen de una Ley, también de la LO 1/2004	135
II. La realidad social: los datos estadísticos	138
III. La decisión política: sólo la violencia de género	140
IV. La plasmación legal de la decisión: en general	143
V. Algunas deficiencias concretas	146
V.1. La declaración de la víctima	146
V.2. El quebrantamiento de medida cautelar	149
A) Una cuestión competencial	149
B) El consentimiento de la víctima	151
VI. Esperanza y realidad	155
 Acciones positivas, tutela penal y tutela judicial en la ley integral	
OLGA FUENTES SORIANO	157
I. Introducción	159
II. La violencia de género como clase específica de violencia ..	163
II.1. Violencia de género y violencia doméstica	164
II.2. La violencia de género frente a otros tipos de violencia .	174
II.2.1. La necesidad de una ley integral. La ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género	186
III. Igualdad real versus igualdad formal: las medidas de acción positiva	189
III.1. La necesaria intervención del Estado. Su justificación constitucional	196
III.2. Las medidas de acción positiva	197
III.3. Las acciones positivas en la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género ...	200
IV. La tutela penal en la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género	203
V. La tutela judicial en la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género	208

Los juzgados de violencia sobre la mujer y sus competencias	
CARMEN SENÉS MOTILLA	215
I. La especialización judicial en violencia de género	217
II. Competencia penal de los juzgados de violencia sobre la mujer	223
II.1. Competencia objetiva	224
II.2. Competencia funcional	226
II.3. Competencia territorial	233
II.4. Restricción de la competencia por conexión	234
III. Jurisdicción y competencia civil de los juzgados de Violencia sobre la Mujer	236
III.1. Jurisdicción por razón del objeto	236
III.2. Competencia objetiva	239
III.3. Exclusión legal de la mediación	243
III.4. Competencia territorial: el fuero universal del domicilio de la víctima	244
III.5. Tratamiento procesal de la competencia civil	244
III.5.1. En los procesos penales	245
III.5.2. En los procesos civiles	246

Los presupuestos procesales en la ley de medidas de protección integral contra la violencia de género: competencia y legitimación	
ANDREA PLANCHADELL GARGALLO	249
I. Consideraciones iniciales	251
II. Los juzgados de violencia sobre la mujer	253
A) Organización	253
1) Planta y Demarcación de los Juzgados	253
2) Formación	254
3) Constitución	255
B) La especialización del órgano jurisdiccional	255
C) La competencia objetiva y funcional	259
1) Competencia en el orden penal	260
2) La competencia en el orden civil	274
3) La competencia exclusiva y excluyente en el orden civil .	277
a) Supuestos	278
b) La pérdida de competencia objetiva de los tribunales civiles: la inhibición	279

D) La competencia territorial: Creación de nuevo fuero	288
E) La competencia por conexión	291
III. Las Partes	292
A) La víctima de los delitos de violencia de género	292
B) El autor	296
C) El Ministerio Fiscal	297
D) Servicios Sociales	300
E) La Delegación del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer	301

**La fiscalía contra la violencia sobre la mujer:
aspectos orgánicos y funcionales**

MANUEL MARCHENA GÓMEZ	305
I. Introducción	307
II. El Fiscal contra la violencia sobre la mujer	309
II.1. ¿Fiscalía Especial o Fiscal Delegado?	310
II.2. Sobre el régimen jurídico de nombramiento y remoción del Fiscal Delegado de Violencia contra la Mujer	314
II.3. El espacio funcional del Fiscal Delegado	315
a) La práctica de diligencias preprocesales	316
b) La intervención en procesos penales de especial trascendencia	317
c) La intervención en los procesos civiles relativos a la violencia contra la mujer	319
III. Las Secciones contra la violencia sobre la mujer	321
III.1. De los Servicios de Violencia Familiar a las Secciones de Violencia sobre la Mujer	322
IV. Los Delegados de Jefatura en materia de violencia de género	326

**Medidas judiciales de protección y seguridad
de las mujeres víctimas de malos tratos**

VÍCTOR MORENO CATENA	329
I. Caracteres generales	331
II. Las medidas de protección y de seguridad. Naturaleza y garantías para su adopción	335

III. El procedimiento para la adopción de las medidas de protección y de seguridad	340
IV. Las medidas de alejamiento	346
IV.1. Supuestos	346
a) La salida obligatoria del domicilio	347
b) La prohibición de aproximarse	348
c) La prohibición de comunicarse	349
d) La prohibición de acudir a determinados lugares ...	350
e) La prohibición de residir en un determinado lugar .	352
IV.2. Adopción de la medida e incumplimiento	353
V. La suspensión de la patria potestad o de la guarda y custodia de menores y suspensión de visitas	354
VI. La suspensión del derecho a la tenencia y uso de armas ...	356
VII. La orden de protección	357
VII.1. Concepto y contenido	357
VII.2. Procedimiento	359
VIII. La prisión provisional como medida de protección	360

La orden de protección

FERNANDO HERRERO-TEJEDOR ALGAR	363
I. Origen	365
II. Concepto	367
III. El texto legal	368
IV. Requisitos	372
V. Legitimación	375
VI. La comparecencia	376
VII. Medidas posteriores	377
VIII. Medidas de protección sin orden de protección	377

Particularidades en el procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos y faltas de violencia de género

MARÍA-ÁNGELES PÉREZ CEBADERA	381
I. Introducción	383
II. Especialidades en el proceso penal para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos	384
II.1. Características del juicio rápido	384

II.2. Ámbito de aplicación	385
II.3. Procedimiento	387
A) Fase de investigación	387
a) Fase policial	387
b) Fase judicial: Incoación de diligencias urgentes	388
B) Fase intermedia	393
C) La conformidad	396
D) Juicio oral y sentencia: Comunicación de las sentencias ..	399
III. Especialidades en el supuesto de juicios rápidos de faltas ...	399
III.1. Ámbito de aplicación	400
III.2. Procedimiento	401
A) Fase policial	401
B) Fase judicial	401
IV. Los problemas en relación con la prueba	402

La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC	407
I. Introducción general a la reforma penal	409
I.1. Panorámica de las modificaciones penales introducidas por la LO 1/2004	411
A) Parte General	412
B) Parte Especial	412
I.2. Origen, antecedentes y evolución	415
I.3. Presupuestos y justificación de la intervención penal ..	421
A) Sobre su ámbito de aplicación	421
B) Violencia de género y violencia doméstica	423
C) Los presupuestos de aplicación y las presunciones legales	425
II. Sobre los ataques y críticas a la Ley orgánica 1/2004	435
A) Principio de igualdad	437
B) Derecho penal de autor	445
III. Enunciado básico del principio de proporcionalidad	446
III.1. Enunciado básico en la doctrina penal	446
III.2. Enunciado básico en la jurisprudencia constitucional ..	449
A) STC 136/1999, de 20 de julio	452
B) STC 48/2003, de 12 de marzo	456
C) ATC 395/2004, de 19 de octubre	456

III.3. La jurisprudencia constitucional en materia de violencia de género	457
III.3.1. ATC 233/2004, de 7 de junio	459
A) Antecedentes	459
B) Los argumentos planteados por el órgano judicial	460
C) Los argumentos de la Fiscalía General del Estado	461
D) Los Fundamentos Jurídicos del ATC.	463
III.3.2. ATC 332/2005, de 13 de septiembre	469
A) Antecedentes	469
B) Argumentos planteados por el órgano judicial ..	471
C) Argumentos de la Fiscalía General del Estado ..	472
D) Los Fundamentos Jurídicos del ATC	472
IV. ¿Queda cerrada la cuestión? Constitucionalidad, inconstitucionalidad o interpretación conforme a la constitución	474

**B) ANÁLISIS JURÍDICO
DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO
EN DERECHO COMPARADO**

La protección de la mujer frente a la violencia doméstica en la república federal alemana

WALTER PERRON	487
I. Introducción	489
II. La Ley civil de Protección frente a la Violencia de 11 de diciembre de 2001	492
III. Modificaciones del Derecho Penal sustantivo	499
IV. Modificaciones del Derecho Procesal Penal para la protección de las víctimas de la violencia doméstica ..	501
V. Conclusiones	507

Protección procesal de las víctimas de la violencia de género en Italia

RENZO ORLANDI	509
I. Punto de partida	511
II. La normativa italiana sobre la violencia doméstica	516
II.1. La resolución del juez penal	519
II.2. La resolución del juez civil	522
III. Principales problemas de aplicación	525
IV. Conclusiones.	527

La protección de las víctimas de la violencia de género en Suiza y en Francia

JOSÉ HURTADO POZO	531
I. Suiza	533
I.1. Introducción	533
I.2. Noción de violencia	536
I.3. Descripción de la situación	539
I.4. Reacción legislativa	544
A. Ámbito civil	545
B. Ámbito penal	547
a. Legislación penal material	547
b. Legislación relativa a la protección de las víctimas de delitos violentos	551
c. Legislación procesal unificada	553
II. Francia	560
II.1. Situación general	560
II.2. Realidad de la violencia	561
II.3. Reacción legislativa	563
A. Dominio penal	564
a. Legislación penal material	564
b. Legislación procesal penal	566
B. Dominio del Derecho civil	567
C. Ámbito de la prevención	568
II.4. Violencia doméstica e inmigración	568
III. A manera de conclusión	570

**El tratamiento de la violencia doméstica en los Estados Unidos:
visión histórica y aspectos procesales**

ANA TERESA CARAZO JOHANNING y MARÍA MARTA JURI	573
I. Visión histórica del problema	575
II. Principales reformas legales	584
III. Reformas institucionales	589
a. Reformas a la respuesta dada por la Policía	589
b. Reformas a la respuesta dada por la Fiscalía	594
c. Reformas a la respuesta dada por los Tribunales de Justicia	595
d. Respuesta al problema de la violencia doméstica mediante el uso de sistemas integrados	597
IV. Aspectos procesales del sistema actual	600
IV.1. Alternativas al proceso penal	600
a.1. Medidas tendientes a la protección de la víctima .	602
a.2. Otras medidas de protección	604
a.3. Aspectos procesales de las medidas de protección (medidas cautelares)	606
Proceso Penal	612
Proceso Civil	616

PRÓLOGO

La violencia de género ha experimentado un notable protagonismo público en los últimos años. No es que anteriormente no se dieran casos de esta lacra social, sino que éstos se producían en la intimidad de los hogares, en el silencio de las familias. Se trataba de una herida encubierta, tapada, vergonzante, que ahora, gracias a los medios de comunicación y a la conciencia de nuestra sociedad, se ha hecho visible, notoria, pública. El delito ha dejado de estar oculto y ha generado una denuncia pública, que se ha convertido en clamor popular de rechazo y, finalmente, en un marco legislativo que, en nuestro país, se ha concretado en la Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género. De esta forma, España ha entrado a formar parte del reducido grupo de países que se ha dotado de una legislación especial con la que hacer frente a este fenómeno criminal que tiene grandes implicaciones sociales, pero también jurídicas y penales.

La Universidad no puede vivir al margen de la sociedad y del tiempo en el que ha de desarrollar su labor y ha de mantener una actitud en todo momento de predisposición para dar respuesta a las necesidades sociales de cada momento. En este sentido, de la misma forma que el poder legislativo ha intentado ofrecer soluciones al problema de la violencia de género con la nueva legislación a la que nos hemos referido, la Universidad ha de buscar nuevas soluciones desde la perspectiva académica y científica. La Universitat Jaume I, comprometida por sus estatutos y por sus actos con la paz y con la igualdad entre hombres y mujeres lleva adelante esos compromisos de forma cotidiana desde antes, como la Cátedra Unesco de Filosofía para la Paz y la Fundación Isonomía, y añade con la edición de este libro una dimensión más, la

jurídica, a ese compromiso, en este caso doblemente simultáneo, contra la violencia y a favor de la igualdad de género.

Nuestra Universidad, que ha tenido siempre una clara vocación de servicio a la sociedad de su entorno, con la edición de este libro ha sabido conjugar su vocación de servicio con el compromiso ineludible de generación y transmisión de nuevos conocimientos. Para ello, una publicación como la que el lector tiene en sus manos resulta fundamental, ya que permite poner en relación los avances que, en esta materia concreta de la violencia de género, están teniendo los ordenamientos jurídicos de países de la Unión Europea, Suiza y Estados Unidos, una práctica de derecho comparado que resulta muy enriquecedora. Con esta publicación, que recoge el fruto de unas jornadas internacionales centrado en esta temática, la Universitat Jaume I da difusión pública a las reflexiones que se produjeron y edita uno de los pocos textos que actualmente abordan, desde el rigor académico y científico, el problemático asunto de la violencia de género y, en especial, su tratamiento procesal civil y penal.

Por ello, quiero felicitar al conjunto de autores aquí reunidos que con sus contribuciones han hecho posible esta obra y, de manera especial, al profesor Juan-Luis Gómez Colomer, editor de este volumen, por incentivar el estudio de un tema tan necesario y trascendente y por saberlo recoger en una publicación de tanto interés como la que tengo la satisfacción de prologar.

FRANCISCO TOLEDO LOBO
Rector de la Universitat Jaume I de Castellón

PRESENTACIÓN

Las primeras líneas de esta presentación quiero que sean de sincero agradecimiento al Dr. Juan-Luis Gómez Colomer. Me ha brindado la oportunidad de participar en una publicación que recoge la inestimable aportación de expertos en jurisprudencia a un tema que preocupa, de forma prioritaria y acuciante, a la sociedad. A una sociedad que, en este caso y por desgracia, no recibe adjetivos que limiten su extensión: si se me permite la ligereza de expresión, a la sociedad del mundo mundial. Así, como verá el lector, queda plasmado en este volumen.

Como responsable en la institución universitaria, acogí en su momento, sin duda alguna, la propuesta de celebración de unas Jornadas Internacionales sobre *La Lucha Procesal Penal contra la Violencia de Género*. En primer lugar, porque acompaña a la Universitat Jaume I, desde su creación, el firme compromiso por la lucha contra las desigualdades sociales, y la que se comete por razones de género, sea de carácter violento o no, y aún vigente en la actualidad. En segundo lugar, porque, precisamente la que se comete con carácter violento requiere, por su naturaleza, de todos los medios y esfuerzos posibles por erradicarla. En tercer lugar, porque el ámbito desde el que se propone analizar el fenómeno, el jurídico, no ha recibido tanta atención como otros, y nos referimos, por ejemplo, al psicológico o sociológico. Por último, porque, dentro de su ámbito, las Jornadas, convertidas hoy, ya, en la presente publicación, se plantean analizar la legislación desde el parámetro de la comparación. Así, además de un completo estudio sobre las reformas legislativas y la ley española que se aplica en la actualidad en materia de violencia de género,

se analizan las más importantes legislaciones que la regulan en otros países europeos y en Estados Unidos, con la finalidad de hallar, a partir de todas ellas, una propuesta eficaz para avanzar en la solución del problema.

Es innegable que sólo si se concitan una serie de factores de muy diversa índole podemos luchar contra esta verdadera lacra social, que parece verse acentuada en los últimos años. Sin embargo, no miremos hacia atrás, no dejemos que el pesimismo nos invada. No mantengamos el discurso truculento de números y detalles con que los medios de comunicación nos bombardean cada día. Busquemos medidas y apliquémoslas. Son éstas las que se deben conocer y difundir, y no tanto el fatídico suceso.

Las medidas extrajudiciales desempeñan un papel esencial. Algunas, como las educativas o publicitarias, son principalmente preventivas. Respecto a las primeras, la misión de los padres y educadores se revela fundamental. Si no se inculcan desde la infancia valores de respeto, tolerancia e igualdad, difícilmente formaremos adultos en cuyo comportamiento se manifiesten. Un aspecto que considero de gran importancia como mujer y, especialmente, como madre, es la transmisión y refuerzo de la dignidad y autoestima en nuestros hijos, y de las niñas en particular. Creo que una mujer que se siente con capacidad de ser independiente, apta para tomar las decisiones que rigen su vida, útil a los demás, una mujer que, en suma, se valora y se siente digna, reacciona con prontitud y rechazo hacia una situación de violencia, física o moral, contra su persona.

La intolerancia hacia una situación de violencia doméstica y la denuncia inmediata son dos de los aspectos en los que más incide, precisamente, la publicidad. Las campañas publicitarias tratan insistentemente de que la mujer se concencie de la necesidad de denunciar cualquier agresión, por pequeña que sea o justificada que piense que está. Ninguna lo está.

Estamos seguros de que estas medidas van calando en la sociedad. Aunque su ritmo parezca lento, creo que en un futuro cercano se demostrará su eficacia y se verán sus frutos a partir de la disminución de casos de violencia de género.

Pero mientras llegamos a él, hay que actuar contundentemente y actuar con la ley en la mano. Son las medidas en el campo de lo jurídico, y dentro de lo jurídico en los ámbitos de lo procesal civil y penal, en el que se deben realizar continuos avances. No cabe duda que la aprobación en España de una Ley de Protección Integral significa un gran paso hacia delante. Una ley que acoge los grandes temas que están implicados en la lucha contra la violencia de género y que la investigación necesariamente deberá abordar. Entre ellos: los derechos de las víctimas; la creación de órganos jurisdiccionales competentes en la materia; las medidas judiciales de protección y seguridad, como la orden de alejamiento, etc.

Esta publicación analiza estos temas, como hemos dicho, comparativamente con los demás Estados investigados. La comparación, en este caso, lejos de ser odiosa resulta necesaria. Mirarnos en la legislación de otros países para aprehender aquellos aspectos que en una u otra están más atendidos y, por supuesto, resultan más eficaces, contribuirá al desarrollo y buen funcionamiento de nuestra Ley. Si esto, además, se realiza con las premisas del rigor en la investigación por parte de prestigiosos profesores universitarios, no hay duda alguna de que estamos en el camino correcto.

Por todo ello, concluyo con mi felicitación al Dr. Gómez Colomer y a cuantos ponentes han aportado en este trabajo sus conocimientos al tema.

MARGARITA PORCAR MIRALLES
Vicerrectora de Cultura
Universitat Jaume I de Castellón

INTRODUCCIÓN DEL COORDINADOR

La obra que tiene el lector en sus manos es el resultado científico de las Jornadas Internacionales sobre «La Lucha Procesal Penal contra la Violencia de Género», que se celebraron en Castellón los días 24 y 25 de noviembre de 2005, gracias a la desinteresada ayuda recibida por la Universitat Jaume I, a cuyo Rector y Vicerrectora competente, que me han precedido por escrito, agradezco profundamente su extraordinaria sensibilidad en este delicadísimo tema, reunión en la que participaron prestigiosos expertos nacionales e internacionales.

España estrenó a finales del año 2004 una ley contra la violencia de género, acogándose al sistema de aquellos países que prefieren luchar contra esta lacra con legislación especial, la Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género. En el año 2004 murieron en España a manos de sus maridos o compañeros, de forma violenta y criminal, 72 mujeres; en el año 2005 hubo 62; y en el año 2006, lo cual no deja de ser una enorme y desagradable sorpresa, fueron 67 nada menos las fallecidas.

La publicación de una obra, de carácter internacional, sobre «Tutela procesal frente a hechos de violencia de género (La protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural)», es de una gran oportunidad, porque el interés del tema es en estos momentos muy elevado, al ser la violencia de género uno de los mayores problemas sociales de la actualidad en el seno de la Unión Europea y en los países más desarrollados fuera de ella, lo que conlleva innumerables problemas jurídicos, de gran complejidad y difíciles de resolver. Es sabido en este

sentido que, por desgracia para nuestro actual nivel cultural y grado de civilización, las sociedades europeas y en concreto la española están sufriendo en estos momentos uno de los delitos más graves que se pueden cometer, a saber, el parricidio, asesinato u homicidio de la esposa o mujer con la que se tiene una relación análoga de convivencia. Hace ya tiempo que las alarmas se dispararon de manera más que notable, y sin embargo, cada día nos encontramos con un nuevo hecho luctuoso de esta naturaleza. Para atajar esta criminalidad específica, resulta evidente que las leyes y las reformas legislativas habidas hasta ahora no han sido suficientes. Por eso nuestros representantes políticos llegaron a la conclusión de que era necesaria una legislación que protegiera integralmente a las mujeres víctimas de la violencia de género: La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre (BOE del 29), de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, de ahí la importancia que tiene un análisis crítico de la misma por reconocidos expertos en la materia.

Ahora bien, se observa que la ley española no es una norma estrictamente jurídica, sino que al lado de cuestiones legales de gran importancia, se combinan aspectos preventivos, educativos y asistenciales, cuyo correcto enfoque y tratamiento es fundamental para poder hacer frente a este gravísimo problema con garantías de éxito en lo que a su solución afecta. Por ello, como proclama la ley, lo que considero un acierto, destacan entre sus fines la sensibilización ciudadana, y la consagración de un catálogo de derechos de la víctima de carácter social, asistencial, económico, laboral o funcional. Para lograr estos objetivos, la ley lleva a sus máximas consecuencias medidas de discriminación positiva, ya que pretende poner fin a la situación de desigualdad y a las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, que considera son la fuente de tan gravísimo problema actualmente en nuestra sociedad.

Esta obra se centra sin embargo exclusivamente en lo jurídico, y dentro de lo jurídico en el campo procesal civil y penal, abarcando los comentarios y escritos de los diferentes autores españoles tanto los aspectos sustantivos como los materiales, y contemplándose además por los autores extranjeros los países más importantes en lo jurídico den-

tro de la Unión Europea y Estados Unidos y Suiza fuera de ella, por su importancia también en este ámbito.

La ley española es, según reza su título oficial, de protección integral de la violencia de género. Esto quiere decir que la norma pretende regular tanto los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, como las normas civiles que inciden en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones. Igualmente acomete la respuesta punitiva que deben recibir todas las manifestaciones de violencia que esa Ley regula. La violencia de género se enfoca así por la ley española de un modo integral y multidisciplinar, empezando por el proceso de socialización y educación.

Añadiremos que la aprobación de una ley especial de protección integral ha hecho posible agrupar todos los grandes temas que están implicados en la lucha contra la violencia de género y que la investigación necesariamente deberá abordar, contribuyendo así decisivamente a los objetivos que hoy son de mayor interés en la Unión Europea. Esos temas son, dejando de lado antecedentes históricos y cuestiones conceptuales: 1) Los principios de la protección integral y su base constitucional; 2) Los derechos de las víctimas, no judiciales y judiciales; 3) La creación de nuevos órganos jurisdiccionales multicompetenciales (Juzgado de Violencia sobre la Mujer); 4) La creación de una nueva Fiscalía especial (Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer); 5) La tutela material penal; 6) La protección procesal civil; 7) La protección procesal penal; 8) Los problemas probatorios; y 9) Las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas, en especial, la orden de alejamiento y la orden de protección.

En esta obra se abordan todos estos temas por los expertos que participan, sin perjuicio de su estudio comparativo en los demás Estados investigados. Así por ejemplo y como concreción, destacan en España, el país que tiene la regulación más moderna y completa sobre el tema, los ámbitos en que se proyecta la protección integral, pues la concreción de la protección integral contra la violencia de género se efectúa mediante la actuación de medidas que recaen en dos grandes

ámbitos, que comprenden a su vez diferentes campos específicos dentro de ellos:

a) En el ámbito extrajudicial, las medidas pueden recaer en los siguientes campos concretos a su vez: 1) De naturaleza educativa: Su fin principal es educar a los escolares en la igualdad entre hombres y mujeres, de manera que lleguen al matrimonio o relación similar de afectividad sin miedo a esa relación; 2) De carácter publicitario: Su fin principal es evitar que la mujer sea utilizada a efectos publicitarios o por los medios de comunicación como un mero objeto, por tanto, de manera vejatoria o discriminatoria; y 3) De naturaleza sanitaria: Su fin principal es preparar al personal médico y sanitario para evitar que pasen desapercibidos actos de violencia de género y para, sobre todo, detectarlos precozmente. Este campo será controlado por una comisión pública.

b) En el ámbito judicial, las medidas son las propias de los procesos civiles y penales, lo que implica a su vez regular campos materiales y campos procesales específicos: 1) El campo material de regulación viene constituido por el Derecho Civil y, en especial, por el Derecho Penal, creándose nuevos tipos penales o modificándose algunos de los existentes; y 2) El campo procesal viene dividido legalmente en la regulación de normas de carácter orgánico, normas de carácter procesal civil y normas de carácter procesal penal.

Por estas razones antedichas, en estas páginas se analizan las más importantes legislaciones de los países de la Unión Europea en donde se dan factores relevantes de violencia de género (Alemania, Francia e Italia), y también algunas legislaciones extranjeras seleccionadas por su importancia (como Suiza y los Estados Unidos de Norteamérica), con la finalidad de hallar los puntos jurídicos comunes que permitan formular una propuesta armonizable.

Agradezco muy sinceramente a los autores que participan en este libro que tengo la gran satisfacción de coordinar su desinteresada colaboración, así como el gran esfuerzo realizado para que esta obra fuera una realidad. Mi mayor reconocimiento sin embargo a la Universitat Jaume I por su patrocinio, mi universidad, pues en un elegante gesto y con plena responsabilidad de cumplir con lo dispuesto en el

art. 4 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, cuyo apartado 1 dispone que «El sistema educativo español incluirá entre sus fines la formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres, así como en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia», y, sobre todo, su apartado 7, pues las universidades en particular «incluirán y fomentarán en todos los ámbitos académicos la formación, docencia e investigación en igualdad de género y no discriminación de forma transversal», lo ha sufragado y editado.

En Castellón, acabándose la Pascua de 2007 y de cara a nuestro característico y casi permanente excelente buen tiempo.

JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat Jaume I de Castellón

**A) ANÁLISIS JURÍDICO
DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO
EN ESPAÑA**

**LA VIOLENCIA DOMÉSTICA
Y DE GÉNERO:
DIAGNÓSTICO DEL PROBLEMA
Y VÍAS DE SOLUCIÓN**

MONTSERRAT COMAS D'ARGEMIR CENDRA

*Magistrada
Vocal del Consejo General del Poder Judicial
Presidenta del Observatorio
contra la Violencia Doméstica y de Género*

Sumario: I. Radiografía de la violencia doméstica y de género. II. Evolución de la respuesta legislativa y judicial. III. Objetivos de la Ley de Medidas de Protección integral contra la Violencia de género. IV. Contexto normativo internacional de la LIVG. V. Estructura del Texto legislativo. VI. Reformas penales de la LIVG. VII. Tutela judicial: competencias del Consejo General del Poder Judicial relativas al funcionamiento de los JVM.

I. RADIOGRAFÍA DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO

La violencia doméstica es la que se produce en el ámbito familiar y afecta a menores, hombres y ancianos, pero en su mayor magnitud a mujeres. Cuando afecta a éstas, la denominamos también violencia de género, es decir de hombres contra mujeres, fruto de las relaciones de poder, de dominio y de posesión que han ejercido históricamente aquéllos sobre éstas, fundamentalmente en el ámbito de la pareja. El origen de este tipo de violencia, entre otros factores, se encuentra en la historia y en la cultura. En la historia de la estructura familiar patriarcal basada en la supuesta superioridad del hombre sobre la mujer. Un problema atávico que responde a una construcción social que ha potenciado un reparto desigual de las actividades productivas, creando unos roles sociales asignados en función del sexo. Es en el marco de la cultura patriarcal donde se ha desarrollado además la violencia masculina, al ser ésta el instrumento más expeditivo para controlar las relaciones de poder. Son los patrones culturales machistas –de discriminación hacia la mujer–, profundamente enraizados en la sociedad,

los que explican la permisividad social durante décadas de la violencia masculina.

La expresión «violencia de género» es gramaticalmente controvertida porque es una palabra exportada del inglés «gender», que quiere decir sexo. Sin embargo, no cabe obviar que el género no es sólo un término gramatical; es también una construcción o instrumento intelectual de análisis de la realidad. Así es: a diferencia del término sexo, que se refiere únicamente a las diferencias biológicas entre hombre y mujer, el vocablo género sirve de base para mostrar que las desigualdades entre ambos sexos se han construido históricamente como consecuencia de la estructura familiar-patriarcal y no como fruto de la naturaleza biológica de los sexos.¹ De esta suerte, las expresiones de género y perspectiva de género comienzan a generalizarse tras la Conferencia Mundial de Mujeres de Pekín, celebrada en China en 1995.

La violencia familiar, no sólo la de género, es una cuestión determinada por el sexo masculino. Por eso puede también hablarse de violencia intrafamiliar de género, porque son los hombres de forma abrumadora los sujetos activos de la violencia en cualquiera de las tres categorías de violencia intrafamiliar:

- a) en los supuestos de violencia en la pareja en un 90% de los casos el imputado es hombre;
- b) en los supuestos de agresión a menores –niños o niñas– el 75% de los inculcados son hombres, y
- c) en el caso de los ascendientes el 86,7% de los inculcados son hombres.

Así lo demuestra el último estudio realizado por el Laboratorio de Sociología de la Universidad de Zaragoza, dirigido por el profesor Manuel Calvo, tras la reanudación del Convenio suscrito con el CGPJ,

1. Vid. Montalbán Huertas, Inmaculada, *Perspectiva de Género: criterio de interpretación internacional y constitucional*, Centro de documentación judicial, Madrid, 2004. p. 31. En sentido parecido Alberdi, Inés. *Violencia: tolerancia cero*, Obra social fundación La Caixa, Barcelona, 2005, pp. 17 y ss.

para el estudio y seguimiento de las Sentencias dictadas por los órganos judiciales españoles de los años 2001, 2002 y 2003 y que está pendiente de publicación, en el mismo sentido que lo afirmado en una de las conclusiones del anterior estudio realizado sobre el seguimiento de sentencias de los años 1999-2000.²

Estamos ante un problema de carácter universal. Otro estudio, esta vez confeccionado por el Centro Reina Sofía³ y realizado en setenta países revela que esta lacra social afecta a todas las culturas, desde Oriente a Occidente. UNICEF sitúa en un 20% la población femenina que sufre algún tipo de violencia, incluyendo en este porcentaje además de las muertes y de los malos tratos físicos y psíquicos, las agresiones sexuales y las ablaciones de genitales. Por eso la Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Pekín en septiembre de 1995 afirmó que la violencia contra la mujer es el crimen más encubierto y más numeroso del mundo.

En España las cifras mortales de la violencia en el ámbito familiar, según los datos judiciales proporcionados por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, en los cuatro últimos años son los siguientes:

Desde el 1 de enero al 11 de Octubre de 2006 (fecha de terminación de esta ponencia), han muerto 80 personas. De ellas 67 mujeres, de las cuales 60 han sido asesinadas en el ámbito de la pareja y 7 menores.

En el año 2005 murieron asesinadas 90 personas. De ellas 67 mujeres, 52 de las cuales lo han sido presuntamente a manos de sus maridos, compañeros sentimentales o ex parejas, y quince menores de edad.

En el año 2004, en el mismo ámbito, murieron 100 personas, de las cuales 84 eran mujeres y de ellas 69 a manos de sus parejas o ex parejas y trece menores de edad.

2. Calvo García, Manuel, *El tratamiento de la Violencia Doméstica en la Administración de Justicia*, Centro de documentación judicial, 2003, conclusión nº 8, p. 243.

3. Cfr. Centro Reina Sofía, *Informe Violencia contra la mujer en las relaciones de pareja. Estadísticas y legislación*, 2003, p. 34. Este Estudio fue patrocinado por la Generalitat Valenciana, Bancaja y la Fundación Valenciana de Estudios Avanzados.

En el año 2003, en el mismo ámbito, murieron 103 personas de las cuales 81 eran mujeres y de ellas 65 murieron en el ámbito de la pareja o ex pareja y nueve menores.⁴

Respecto a actos violentos que no finalizan con resultado de muerte, un estudio del Instituto de la Mujer del año 1999 revela que dos millones de españolas sufren o han sufrido malos tratos físicos o psíquicos, lo que supone un 12,4% de la población femenina, de las cuales un 70% declara sufrirlos desde hace más de cinco años, es decir de forma habitual. Las cifras estadísticas judiciales son elocuentes. En el año 2003 se presentaron en los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y de Instrucción de toda España un total de 76.267 denuncias de violencia doméstica,⁵ de las cuales se tramitaron 66.188, con una tasa de 1,6 denuncias tramitadas por cada 1.000 habitantes. Del número total de víctimas, las mujeres representan el 90,2%. Por otra parte, en el año 2004, se han presentado 99.111 denuncias,⁶ lo que supone un incremento del 29% respecto del año anterior. Y en el año 2005 se presentaron 122.274 denuncias, lo que supone un incremento de un 23,37%. Tales incrementos se han de valorar de forma positiva, ya que estamos logrando que afloren situaciones de violencia que ya existían, gracias a una mayor confianza de las víctimas en la Justicia y en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En ningún caso debe estimarse como un incremento de la delincuencia en este ámbito.

Asimismo, los datos estadísticos ofrecidos por el Consejo General del Poder Judicial⁷ en relación con la aplicación de la Ley 27/2003, de

4. Cfr. Observatorio contra la violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial, *Informe del Servicio de Inspección sobre muertes violentas en el ámbito de la violencia doméstica en el año 2003*; vid. <http://www.observatoriocontralaviolenciadomesticaydegenero.es>

5. Cfr. Observatorio contra la violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial, *Informe del Servicio de Inspección del CGPJ de la actividad de los Órganos Judiciales sobre Violencia Doméstica*, Año 2004, <http://www.observatoriocontralaviolenciadomesticaydegenero.es>

6. *Op. cit.*, p. 7.

7. Datos estadísticos publicados por el Observatorio contra la violencia doméstica y de género remitidos a la Comisión de Seguimiento de la Orden de Protección. <http://www.observatoriocontralaviolenciadomesticaydegenero.es>

31 de Julio, reguladora de la Orden de Protección, desde su entrada en vigor el 2-8-2003 hasta la entrada en funcionamiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer el 29-6-2005, fueron solicitadas 64.915 de las cuales fueron otorgadas judicialmente 49.965, es decir, el 77% y de ellas en un 95'7% corresponden a víctimas mujeres. Estos datos demuestran que el problema real que afecta a la sociedad española es el de la violencia sobre la mujer. Este es el auténtico problema social.

Durante años, la violencia que se ha venido ejerciendo en el seno de la familia y contra las mujeres se ha considerado un problema de ámbito privado. Fue necesario para modificar esta realidad que Naciones Unidas, en el año 1993, declarase que *la violencia contra las mujeres es un grave problema para los Estados porque atenta a los derechos humanos y obstaculiza el desarrollo de los pueblos*,⁸ y, a pesar de que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 ya proclamaba cincuenta y cuatro años antes, en su artículo primero, que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos sin distinción alguna de raza, color o sexo.

En nuestro país la sociedad española ha ido tomando conciencia de esta grave situación, gracias al enorme esfuerzo de las asociaciones de defensa de los derechos de la mujer, al trabajo de los medios de comunicación que han sacado del silencio estas situaciones y a los propios afectados, que venciendo todos los miedos, denuncian la situación de maltrato físico y moral a la que están sometidos. También desde los poderes públicos se han venido ofreciendo distintos planes de actuación encaminados a la prevención de los actos violentos, a sancionar las conductas violentas y a paliar los efectos que producen en las víctimas. Para ello se han venido desarrollando diferentes niveles de actuación: reformas legislativas, medidas asistenciales y de intervención social a favor de las personas perjudicadas, planes de actuación y la apertura de nuevas líneas de investigación para conocer con toda profundidad el problema y sus causas.

8. Asamblea General de la ONU. Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra las mujeres, proclamada en diciembre de 1993.

II. EVOLUCIÓN DE LA RESPUESTA LEGISLATIVA Y JUDICIAL

En el terreno judicial se ha de resaltar que en paralelo a como la sociedad española ha crecido en la conciencia social acerca de este problema, los Jueces y Magistrados en este país han ido evolucionando hacia posiciones cada vez más sensibles en la comprensión de las causas que lo originan y con actuaciones más eficaces. Qué duda cabe que las últimas reformas legislativas en el ámbito penal y procesal han posibilitado una mayor eficacia judicial, fundamentalmente en el terreno de la protección de las víctimas y en el de la investigación y castigo de este tipo de delitos. En este sentido, se ha de resaltar que la sensación de impunidad que existía en torno y antes del año 1990 se ha modificado paulatinamente, de forma que los asuntos judiciales relacionados con la violencia doméstica y de género gozan de la atención preferente en la mayoría de los Juzgados de Guardia y en la de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. La sensación de impunidad no era sólo una percepción de las víctimas y de las asociaciones de mujeres. El primer estudio encargado por el anterior CGPJ de seguimiento de Sentencias y resoluciones judiciales realizado por el Laboratorio de Sociología de Zaragoza, obtenidas de una muestra sociológicamente representativa de los órganos judiciales españoles competentes, consistente en 4.648 registros hasta diciembre de 1999, acredita que por regla general las denuncias sobre violencia doméstica eran calificadas desde el inicio del procedimiento como conducta leve constitutiva de falta en más de un 80% de los casos, con un 73% de absoluciones frente a un 27% de sentencias condenatorias.⁹ Asimismo, en la gran mayoría de procedimientos

9. Centro de documentación judicial, «El tratamiento de la Violencia Doméstica en la Administración de Justicia», Calvo García, Manuel. Trabajo realizado por el Laboratorio de Sociología de la Universidad de Zaragoza a raíz del primer convenio de colaboración suscrito con el CGPJ para el seguimiento y estudio de las Sentencias dictadas en los órganos judiciales españoles hasta 1999. Vid. *Conclusión* n^{os} 2 y 16.

analizados hasta el año 1999 no se adoptaban por los Jueces de Instrucción medidas cautelares de protección a la víctima.

La Ley 27/2003, de 31 de Julio, reguladora de la Orden de Protección, junto con la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas concretas en materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros, ayudaron a cambiar radicalmente el panorama anteriormente descrito. De los datos proporcionados por el Observatorio y del trabajo realizado por la Comisión de seguimiento de la Orden de Protección se puede afirmar que las denuncias con solicitud de OP se empezaron a tramitar desde la fecha que entró en vigor la ley, el día 2-8-2003, con preferencia en todos los Juzgados de Guardia, y cumpliendo con las garantías que para la víctima y denunciado se diseñan en la misma.

En el terreno de la investigación, persecución y castigo de este tipo de conductas violentas, la transformación de la falta de amenazas con exhibición de arma o instrumento peligroso del art. 620.2 CP, y de la falta de malos tratos y lesiones del art. 617.1 CP, a delito del art. 153 CP, (según reforma operada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, supuso un avance para modificar la sensación de impunidad anteriormente referida. Aunque esta reforma fue muy criticada por varios sectores de la judicatura y otros juristas, en mi opinión se ha conseguido que bienes jurídicos tan vitales para las personas como es el de la libertad –el derecho a no ser amenazado ni coaccionado– y el de la integridad física –el derecho a no ser agredido–, estén actualmente mejor protegidos en el Código Penal, con penas más proporcionadas a los hechos y con mayores garantías para las víctimas para la obtención y prueba de los hechos en la fase de instrucción y en la fase de juicio oral, a diferencia del juicio de faltas en el que se venían ventilando la mayoría de estas conductas.

Desde hace años la violencia en el ámbito familiar ha sido objeto de distintas modificaciones en el código penal. A partir de la Ley 10/95 que configuró en torno al art. 153 CP el delito de violencia familiar, se han venido produciendo distintas reformas en las que no se distinguía la violencia contra la mujer respecto a los demás miembros de la familia, de forma que los sujetos pasivos del art. 173.2 CP cada

vez se han ido ampliando: cónyuge, los hijos, los padres, los hermanos de uno u otro cónyuge, etc. Es a partir de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género, cuando por primera vez se distingue en el ámbito penal la violencia de género de la violencia doméstica, introduciéndose una nueva orientación político criminal, al entender que son violencias que responden a causas y problemas distintos. El resto de esta ponencia está dedicada al análisis de esta última reforma legislativa.

III. OBJETIVOS DE LA LEY DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

La Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género (LIVG), se aprobó por unanimidad en el Parlamento Español el día 28 de diciembre. La norma se publicó en el BOE al día siguiente y entró en vigor a los treinta días desde dicha fecha, es decir, el 28 de enero del 2005, a excepción del Título IV referido a la «Tutela penal» y el Título V referido a la «Tutela Judicial», que entró en vigor a los seis meses, es decir, el día 29 de Junio del 2005. El balance en su aplicación evidencia que la ley es oportuna y necesaria.

Es necesaria porque persigue dos objetivos ineludibles que no se pueden demorar: conseguir la igualdad real entre hombres y mujeres; y combatir la violencia de género a fin de reducir las insostenibles cifras de violencia que sufren las mujeres, con el objetivo de lograr su plena erradicación. En este sentido, en la exposición de motivos se especifica que «los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género que constituye uno de los ataques mas flagrantes a derechos fundamentales como es el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad y a la no discriminación por razón de sexo».

En cuanto al primer objetivo, es un hecho indiscutible que transcurridos veinticinco años desde la aprobación de la Constitución Española de 1978, no hemos conseguido la igualdad que se proclama como derecho fundamental de los ciudadanos en el art. 14 de la CE.

Para conseguir la igualdad real entre hombres y mujeres en nuestra sociedad, es necesario impulsar políticas que incluyan medidas legislativas de acción positiva¹⁰ a favor de las mujeres, por ser éste un colectivo históricamente discriminado, como consecuencia de un modelo de sociedad que ha fomentado que la mujer esté en situación de inferioridad. Y su encaje constitucional se basa en el mandato expreso hacia los poderes públicos contenido en el art. 9.2 de la CE, a fin de que se remuevan todos los obstáculos que impiden que los derechos fundamentales de las personas, entre ellos el derecho a no ser discriminado en función del sexo, sean reales y efectivos.¹¹

Esta opción legislativa se fundamenta, asimismo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que avala las medidas de acción positiva hacia aquellos colectivos que han estado históricamente discrimi-

10. En esclarecimiento de la terminología y concepción subyacente, cfr. Barrère Unzueta, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, 1997, pp. 22 y ss. Téngase presente, también, algunas de las palabras finales de esta autora: «La tacha de ilegitimidad que provocan las cuotas y los tratos preferentes en estos términos (o bajo la etiqueta de discriminación inversa o positiva) resulta, sin embargo, falaz e injustificadamente perjudicial para la teoría y la práctica de la acción positiva. En primer lugar, porque si determinadas medidas de acción positiva persiguen la igualdad y se demuestra, a través de datos objetivos, que sirven a las mismas, no tienen por qué presumirse ilegítimas, sino todo lo contrario. Pero, además, porque las prácticas a las que dan cobertura tales denominaciones, dependiendo de la manera (condiciones y requisitos) en las que estén planteadas, pueden ser tan variopintas que no resulta de recibo pronunciarse sobre su ilegitimidad al margen de un análisis concreto y detallado de las mismas» (*op. cit.*, p. 122). Es de sumo interés la reflexión acerca de las leyes sexo-específicas en el sentido de situar la subordinación de las mujeres como clave interpretativa, y aportar instrumentos desde esa visión para perseguir la igualdad, otorgar poder y proteger a las mujeres, realizada por Añón Roig, María José y Mestre i Mestre, Ruth en *Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho, La nueva Ley contra la violencia de género*, Iustel, Valencia, 2004 págs. 31 y ss.

11. Las cifras son, desde años, estremecedoras; cfr. Meil Landwerlin, *La violencia doméstica*, cit., 2001, p. 80. Por ello, la crítica de Arroyo Zapatero (*Comparencia*, www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/CO/CO_070.PDF, 2004, pp. 16 y ss.) contra la pobreza estadística en la materia, especialmente en lo tocante a las cifras judiciales, parece un poco exagerada, máxime a la vista, también, de las cifras publicadas regularmente por el Observatorio contra la violencia doméstica y de género y el Instituto de la mujer.

nados. Se trata de favorecer a los que están en situación de desigualdad para poder alcanzar la igualdad. Es el llamado «derecho desigual igualitario entre hombres y mujeres» en la terminología utilizada por el TC en el FJ 2º de su STC 229/1992.¹² En este sentido, la Ley supera el «test de la igualdad» elaborado por el TC: *a)* no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 CE. Dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; *b)* el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciaadores sea arbitrarla o carezca de fundamento racional; *c)* el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino aquellas desigualdades artificiosas o injustificadas y *d)* que el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.¹³

12. STC 229/1992, f. j. 2: «[...] No obstante el carácter bidireccional de la regla de parificación entre los sexos, no cabe desconocer que han sido las mujeres el grupo víctima de tratos discriminatorios, por lo que la interdicción de la discriminación implica también, en conexión además con el art. 9.2 CE, la posibilidad de medidas que traten de asegurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. La consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un «derecho desigual igualatorio», es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer (SSTC 128/1987 y 19/1989). Se justifican así constitucionalmente medidas en favor de la mujer que estén destinadas a remover obstáculos que de hecho impidan la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el trabajo, y en la medida en que esos obstáculos puedan ser removidos efectivamente a través de ventajas o medidas de apoyo hacia la mujer que aseguren esa igualdad real de oportunidades y no puedan operar de hecho en perjuicio de la mujer.»

13. Ridaura Martínez, Mª Josefa. «El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la LO de Medidas de Protección integral contra la Violencia de género», *La nueva Ley contra la violencia de género*, Iustel, Valencia, 2004, p. 97.

El art. 14 CE ha de ser interpretado a la luz de otros numerosos preceptos constitucionales. Así, el art. 1º del texto constitucional afirma que «España se constituye en un estado social y democrático de derecho que proclama como valores superiores de su ordenamiento la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político»; el art. 9.2 CE, por su parte, estatuye que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo... sean reales y efectivas»;¹⁴ a su vez la interdicción de la arbitrariedad se preceptúa en el art. 9.3 CE y la extrapolación del genérico principio de igualdad ante la Ley a otros ámbitos se recoge, por ejemplo, en los arts. 23, 31 ó 139.1 CE.

Desde que se aprobó el Anteproyecto de Ley en el Consejo de Ministros el 25-6-2004 y durante la tramitación parlamentaria, se ha suscitado un gran debate jurídico, social¹⁵ y político. Algunas opiniones jurídicas consideran que esta opción legislativa discrimina y deja desprotegidos a los menores, a los ancianos y los hombres maltrata-

14. La STC 109/1993, en sentido análogo, fundamenta la acción positiva en el art. 9.2 CE: «No puede, pues, afirmarse genéricamente que cualquier ventaja legal otorgada a la mujer sea siempre discriminatoria para el varón por el mero hecho de no hacerle partícipe de la misma (como podría al contrario serlo para la mujer la que le impusiera una privación solamente por razón del sexo). Y al contrario, la justificación de tal diferencia podría hallarse en una situación de desventaja de la mujer que se trata de compensar; en este caso, porque ello tiene lugar frente a la relación de trabajo; y sin perjuicio de que el legislador pueda extender el beneficio al varón o incluso suprimirlo sin que ello se oponga tampoco a los preceptos constitucionales invocados. No puede olvidarse, como antes se indica y reiteradamente ha afirmado este Tribunal, que por pertenecer la mujer al grupo desfavorecido, la interdicción de la discriminación implica también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre (SSTC 128/1987 y 19/1989) lo cual justifica constitucionalmente preceptos como el cuestionado, destinados a remover obstáculos que impiden aquella real igualdad en el trabajo «y en la medida en que esos obstáculos puedan ser removidos efectivamente a través de ventajas o medidas de apoyo que aseguren esa igualdad real de oportunidades y no puedan operar de hecho en perjuicio de la mujer» (STC 229/1992, f. j. 2).»

15. Ésa es una primera gran victoria: que el hecho salga a la luz y durante unos meses su reflexión se haya situado en el listado de los temas social y políticamente prioritarios; así, ya resaltaba la importancia de que se rompiera el silencio acerca de este problema Meil Landwerlin, *La violencia doméstica, op. cit.*, 2001, p. 79.

dos,¹⁶ aunque, ciertamente no es unánime ni, acaso, mayoritaria.¹⁷ No comparto esta opinión. La Ley no sólo no deroga sino que deja intacta la Ley reguladora de la Orden de Protección,¹⁸ así como todos los preceptos del Código Penal que castigan los distintos actos violentos que se pueden producir en el seno de la familia. De la misma forma que a día de hoy cualquier persona recibe la tutela efectiva de nuestros Tribunales y es castigada la conducta de un agresor si los hechos se prueban en el juicio, con la aprobación de esta Ley los menores, los ancianos y los hombres seguirán recibiendo la misma protección judicial y legal. El plus de protección a favor de la mujer que

16. Vid. Boldova Pasamar/Rueda Martín, *La discriminación positiva*, op. cit., pp. 1 y ss. Vid. las intervenciones en la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Congreso de Diputados las comparecencias abiertamente contrarias a la presente Ley, en especial en lo tocante a su porción penal, de Amando de Miguel Rodríguez, Francisco Bastida Freijedo (www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/CO/CO_064.PDF, pp. 11 ss. y 22 ss., respectivamente) y Enrique López López (www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/CO/CO_065.PDF, pp. 17 ss.).

Fuera del ámbito parlamentario, igualmente en contra del entonces proyecto y/o de la actual norma, cfr. el Informe del CGPJ, de 24-6-2004 (vid. <http://www.poderjudicial.es>; a su vez, la declaración de la Junta Directiva del Grupo de estudios de política criminal contiene una acerba crítica sin ofrecer argumentos ni jurídico-penales ni jurídico-constitucionales. Muy matizada y atendible resulta la exposición de Vicente Magro Sirvent, (www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/CO/CO_070.PDF, pp. 50 ss.).

17. Cfr. en este sentido Peces-Barba Martínez www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/CO/CO_064.PDF pp. 2 ss., Comas D'Argemir i Cendra www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/CO/CO_065.PDF, pp. 2 y ss. y Arroyo Zapatero, en *Comparecencia*, cit., 2004 (supra n. 18, pp. 11 y ss.); y Elena Larrauri Pijoan www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/CO/CO_067.PDF, pp. 41 y ss.

Al margen del debate parlamentario, cfr. el Dictamen del Consejo de Estado, plenamente institucional como corresponde, aun sin mostrar un apoyo entusiasta y aduciendo, entre otras cosas, falta de tiempo, ofrece una exposición de interés aunque alejada de la metodología jurídico-penal, tanto dogmática como político-criminal. Vid. http://www.boe.es/g/es/iberlex/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2004-1485; cfr. el Voto Particular de los vocales disidentes del CGPJ, en vid. <http://www.poderjudicial.es>; Queralt Jiménez, *Addenda a la 4ª ed. de Derecho penal español. Parte Especial*, 2005, en <http://www.atelierlibros.es/actualiza/Addenda%20Derecho%20penal.pdf>, pp. 21 y ss.

18. L 27/2003, de 31-7, aprobada, al igual que la LO 1/2004, por el Parlamento de forma unánime.

se introduce, no se basa exclusivamente en el hecho de ser el sujeto pasivo mujer, sino por el hecho de que los atentados que padece tienen lugar en el ámbito de la relación de la pareja.¹⁹ Es precisamente éste el ámbito específico de aplicación de la ley, según se define en el artículo primero de la misma.²⁰

Como cuestiones previas significativas a destacar, antes de entrar en su análisis, destacaría seis:

- 1) Es la primera ley aprobada en esta nueva legislatura. Por eso es la LO 1/2004, al igual que lo fue el primer anteproyecto de ley que el nuevo Consejo de Ministros, configurado después de las últimas elecciones generales, remitió a las Cortes. La significación de esta cuestión radica en que la lucha contra la violencia de género es una prioridad política.
- 2) Su aprobación por unanimidad en las dos Cámaras. La significación de este hecho es también importante: al tratarse de un problema social de compleja solución, es necesario alcanzar el máximo consenso político para afrontar sus soluciones.
- 3) El gran debate social y jurídico que se ha generado en la fase de tramitación parlamentaria y en sus primeros meses de aplicación, situando la reflexión del problema de la violencia contra las mujeres en el corazón de la sociedad española, distinguiendo las causas y soluciones de este tipo de violencia respecto a la violencia doméstica.
- 4) Que sea la primera vez que se haya aprobado en España una ley de carácter integral, es decir, concentrando en un único texto legal todas aquellas soluciones que deben desplegarse desde distintos ámbitos de la sociedad, al ser este un problema

19. Lo ve así igualmente Asencio Mellado en su Comparecencia, *www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/CO/CO_064.PDF*, 2004, p. 49.

20. Art. 1.1. «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.»

multidisciplinar, que no lograremos erradicar sólo con medidas penales o judiciales. Es por eso que la ley incorpora medidas de ámbito educativo, de prevención, sanitario, contra la publicidad ilícita, medidas sociales, asistenciales, de recuperación psicológica de las víctimas, derechos laborales y económicos.

- 5) En su aplicación se han constatado deficiencias técnicas legislativas importantes: en el catálogo de delitos de los JVM no se ha incluido el quebrantamiento de medida cautelar; no hay una definición clara del momento procesal en el que la *vis* atractiva de la materia civil debe ser a favor de los JVM o de los Juzgados de familia, entre otras muchas. Es de gran interés conocer las Conclusiones del II Seminario de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer con competencias exclusivas celebrado en Santander los días 20 y 21 de octubre de 2005, así como del I Seminario celebrado en Madrid los días 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2005 de los Magistrados de las Secciones Especializadas de las Audiencias Provinciales.²¹ En ambas Jornadas de trabajo se han analizado con profundidad diversas cuestiones relativas a la aplicación del texto legislativo, proponiendo criterios de interpretación respecto a algunas de sus lagunas o contradicciones y sugiriendo al legislador algunas propuestas de mejora técnico-jurídica.
- 6) Junto con las mujeres víctimas, se han incluido los menores –hijos o hijas de aquéllas– por ser víctimas indirectas o mediatas de este tipo de violencia. La Ley contempla su protección, no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer. De esta forma entre las competencias de los JVM reguladas en el artículo 441a) se encuentra la de los menores maltratados, siempre que se haya co-

21. Vid. ambos documentos de Conclusiones en el Observatorio contra la violencia doméstica y de género. <http://www.observatoriocontralaviolenciadomesticaydegenero.es>

metido además un acto de violencia de género. En mi opinión su inclusión en el objeto de la ley contenido en el artículo primero hubiera permitido una mayor claridad al respecto.

IV. CONTEXTO NORMATIVO INTERNACIONAL DE LA LIVG

Los Tratados internacionales, entre ellos la Declaración Universal de Derechos del Hombre de las Naciones Unidas y el Convenio Europeo para la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas, expresamente se refieren al principio de no discriminación. Además son múltiples las Declaraciones, Convenciones y Resoluciones en el ámbito de las Naciones Unidas que se han pronunciado acerca de este problema, tal y como se hace constar en la Exposición de motivos.

En efecto, el art. 5 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979, obliga a los Estados parte a tomar todas las medidas apropiadas para la modificación de los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que están basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.²²

La Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la Mujer, proclamada en diciembre de 1993 por la Asamblea General, afirma que «la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales».²³ Entiende que la violencia contra la mujer abarca la violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia

22. Vid. Montalbán Huertas, *Perspectiva de Género: criterio de interpretación internacional y constitucional*, Centro de documentación judicial, Madrid, 2004, pp. 33 y ss.

23. Resolución de la Asamblea General 48/04, de 20-12-1993.

relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales lesivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación.

La Declaración de Pekín de 1995, consecuencia de la Cumbre Internacional sobre la mujer, afirma que la violencia contra las mujeres se refiere a todo acto de violencia sexista que tiene como resultado posible o real un daño de violencia física, sexual o psicológica, ya se produzcan en la vida pública o privada.²⁴

La Resolución de la Comisión de Derechos Humanos dada en 1997, también de Naciones Unidas,²⁵ «condena todos los actos de violencia sexista contra la mujer, exige que se elimine la violencia sexista en la familia, y en la comunidad y pone de manifiesto el deber de los gobiernos de actuar con la necesaria diligencia para prevenir, investigar y de conformidad con la legislación nacional, castigar los actos de violencia contra la mujer y proporcionar a las víctimas el acceso a unos medios de reparación justos y eficaces y a una asistencia especializada». Exhorta a los Estados a «condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o práctica por motivos religiosos para eludir esa obligación», a «adoptar medidas para erradicar la violencia en la familia y en la comunidad», a «reforzar en la legislación nacional sanciones penales, civiles, laborales y administrativas para castigar cualquier forma de violencia infringidas a mujeres y niñas», a «mejorar la formación del personal judicial, jurídico, médico, social, pedagógico, y de policía e inmigración para evitar los abusos de poder que dan pie a la violencia contra la mujer y sensibilizar a esas personas en cuanto a la naturaleza de los actos y las amenazas de violencia sexista, para conseguir que las mujeres víctimas reciban un trato justo», a «enmendar los códigos penales cuando sea necesario para garantizar una protección eficaz contra la violación, el acoso sexual

24. Cuarta conferencia mundial sobre la mujer, *Acción para la igualdad, el desarrollo y la paz*, Pekín, 1995.

25. Resolución de la Comisión de derechos humanos 1997/44, *La eliminación de la violencia contra la mujer*, 57ª sesión, de 11-4-1997.

y otras formas de violencia sexual contra la mujer» y, por último, entre otras muchas consideraciones, recuerda a los Gobiernos «que las obligaciones que les impone la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer deben aplicarse plenamente en relación con la violencia de género» –s.a.

Para finalizar, y sin ánimo exhaustivo, el Informe de Julio del año 1997 emitido por el Parlamento Europeo²⁶ que da lugar a la campaña –tolerancia cero– contra la violencia de género, desarrollado en el año 1999 en la Unión Europea,²⁷ considera que «de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Estados miembros que no apliquen una política adecuada que prevenga y persiga la violencia contra las mujeres están incumpliendo sus obligaciones internacionales con arreglo a esta Declaración» –s.a.

V. ESTRUCTURA DEL TEXTO LEGISLATIVO

La LIGV parte de la base de que éste es un problema de carácter transversal que afecta a todos los sectores de la sociedad y precisa soluciones que incidan en la multiplicidad de sus causas y efectos.²⁸ Por esto la respuesta institucional quiere ser global,²⁹ y con decisiones que

26. Informe sobre la necesidad de realizar en toda la Unión Europea una campaña sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres. Comisión de los Derechos de la Mujer del Parlamento Europeo (B4-0047/94).

27. Resolución del Parlamento Europeo sobre una campaña europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres (DOCE C 304/97).

28. Vid. los precedentes legislativos e institucionales en Montalbán Huertas, *Perspectiva de género cit.*, 2003, pp. 52 y ss., con abundante información.

29. Las medidas legislativas de carácter civil, de indudable interés, no pueden ser, lógicamente, tratadas aquí; cfr., con todo, por ejemplo, Caso Señal, «El tratamiento de los malos tratos desde el ámbito de la jurisdicción de familia», en *La violencia en el ámbito familiar cit.*, 2001, pp. 41 y ss.; Delgado Martín, *La violencia doméstica. Tratamiento jurídico: problemas penales y procesales; la jurisdicción civil*, 2001; el mismo, «Soluciones de la Ley de Enjuiciamiento civil a la violencia doméstica», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, II-2002 (Segunda reunión de Fiscales encargados de servicio de violencia familiar), 2002, p. 43; Montalbán Huertas, *Perspectiva de Género cit.*, 2003, pp. 59 y ss.

tengan fuerza de Ley, estableciendo medidas educativas, de sensibilización, contra la publicidad ilícita, de prevención, de protección social y económica, de tutela institucional, penal y judicial.

Sin embargo, la estructura y el contenido de la Ley no responden con exactitud a su título.³⁰ Así es: no se abordan todas las manifestaciones de violencia que sufren las mujeres en la actualidad y, por el contrario, se incluyen disposiciones que nada tienen que ver con la violencia de género, tales como la aplicación de las reformas penales a los sujetos pasivos del ámbito familiar especialmente vulnerables. Sean las que fueren las razones que motivaron los cambios en los aspectos penales, procesales y penitenciarios así como en los orgánicos, deberían haberse realizado en una gran mayoría, no en el cuerpo del texto legal, sino, como se ha efectuado para las disposiciones transversalmente afectadas, en el apartado de las disposiciones adicionales. Tal modo de legislar podría dar como frutos aplicaciones sorprendentes y contrarias al plan de la Ley, por más que parezcan ajustadas a su letra. Para evitarlo, hay que tener siempre presente el art. 1.1 LO 1/ 2004, sea la que sea la norma concreta que se aplique y que haya sido modificada por ella.³¹

El texto legislativo se estructura en la Exposición de Motivos, un Título Preliminar, cinco Títulos, veinte Disposiciones Adicionales, dos Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria, siete Disposiciones Finales y un Anexo en el que se relacionan los Juzgados de Violencia contra la Mujer.

El Título Preliminar se ocupa en sus dos artículos del objeto de la Ley, de los fines y principios que la inspiran. En este aspecto, y dada la peculiar técnica legislativa que utiliza, dista de ser modélica y ha empeorado sensiblemente durante la tramitación parlamentaria.

30. Críticamente, Boldova Pasamar/Rueda Martín, *La discriminación positiva cit.*, 2004, pp. 2, 3. Sin embargo, Comas d'Argemir en mi *Comparecencia* (supra n. 24, p. 4) propuse, que el entonces Proyecto pasara a denominarse de *Ley de violencia de género en el ámbito de la pareja*.

31. Algo de lo que ya toman nota Boldova Pasamar/Rueda Martín, *La discriminación positiva cit.*, 2004, p. 2.

El Título I, por su parte, regula las medidas de sensibilización tratando en sus tres Capítulos el ámbito educativo, el ámbito de la publicidad y de los medios de comunicación y el ámbito sanitario. En el Título II se recogen los derechos de las mujeres víctimas de violencia, de tal forma que en el Capítulo I se regula la garantía de los derechos de las víctimas, el derecho a la información, el derecho a la asistencia social integral y a la asistencia jurídica gratuita; el Capítulo II regula los derechos laborales y de seguridad social y el Capítulo III se ocupa de los derechos de las funcionarias públicas. Por último el Capítulo IV regula los derechos económicos en los que se incluyen ayudas sociales y prioridad para el acceso a la vivienda.

El Título III se refiere a la tutela institucional y en él se prevé la creación de la Delegación Especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer y el Observatorio Estatal de violencia sobre la mujer, a la vez que la creación de unidades especializadas en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la colaboración de las Policías locales, elaborando planes de colaboración entre las distintas administraciones con competencias en la materia.

En el Título IV, como se ha avanzado, se regula la tutela penal modificando varios preceptos del Código Penal y establece la obligación de los Centros Penitenciarios de realizar programas específicos para internos condenados por este tipo de delitos. A su vez, el Título V se ocupa de la tutela judicial dividiéndose en cinco Capítulos con el siguiente contenido: de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (organización territorial, competencia, recursos en materia penal, recursos en materia civil, formación, planta inicial de los juzgados de violencia sobre la mujer); normas procesales civiles (pérdida de competencia objetiva cuando se produzcan actos de violencia sobre la mujer); normas procesales penales (competencia territorial, competencia por conexión); medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas³² (dis-

32. Sobre el estado inmediatamente anterior a la LO 1/2004 vid., in extenso, Montalbán Huertas, *Perspectiva de Género cit.*, 2003, sobre derechos de información y ayuda económica a las víctimas (pp. 125 y ss.), medidas penales y civiles de protección (pp. 131 y ss.), con especial referencia a la orden de protección, introducida por la L 27/2003 (pp. 141 y ss.).

posiciones generales, orden de protección, protección de datos y limitaciones a la publicidad, medidas de salida del domicilio, alejamiento³³ o suspensión de las comunicaciones, medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores, del régimen de visitas, del derecho a la tenencia, porte y uso de armas, garantías para la adopción de las medidas y mantenimiento de las medidas cautelares), y del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer.

Las Disposiciones Adicionales modifican preceptos de las distintas leyes, treinta y tres en concreto, que se verán afectadas, como son la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo, la Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación, la Ley Orgánica de Calidad de la Educación, la Ley General de Publicidad, el Estatuto de los Trabajadores, la Ley General de la Seguridad Social, la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, el Código Penal, la Ley de Planta y Demarcación Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Las Disposiciones Finales se ocupan de la habilitación competencial, de la naturaleza de la Ley, de su entrada en vigor y de su desarrollo reglamentario. Las Disposiciones Transitorias, en fin, norman la aplicación de la Ley a los procesos civiles o penales en tramitación a la entrada en vigor y a la competencia de los órganos que actualmente conocen de los mismos, mientras que la Disposición Derogatoria única, deroga cuantas normas, de igual o inferior rango, se opongan a lo establecido en la Ley.

33. Esta medida, introducida por primera vez en la LO 14/1999, antes de las reformas operadas en virtud de las L 27/2203 y LO 1/2004, ya empezaba a ser aplicada por los órganos judiciales; cfr. Corcoy Bidasolo, *Delitos contra la integridad personal y contra la libertad*, en *La violencia en el ámbito familiar cit.*, 2001, pp. 189 y ss., con información jurisprudencial. Así, se invierte la deprimente realidad retratada en el estudio del Laboratorio de Sociología de la Universidad de Zaragoza; en efecto, vid. Calvo García, *El tratamiento de la Violencia Doméstica, op. cit.*, 2003 p. 243.

Vid., además, las Conclusiones del Curso de formación continuada sobre violencia doméstica (13/14-6-2000) en Comas d'Argemir, Novedades legislativas introducidas por la LO 14/1999, de 9 de junio, en materia de protección a las víctimas de malos tratos: las faltas penales, penas accesorias y medidas cautelares, en *La violencia en el ámbito familiar, op. cit.*, pp. 205 y ss.

VI. REFORMAS PENALES DE LA LIVG

Una de las normas más sensibles políticamente en cualquier sistema es el Código Penal, precisamente porque en él se tutelan los bienes jurídicos básicos para la convivencia social. A fin de evitar determinados comportamientos humanos que se consideran indeseables y contrarios a los valores más importantes contenidos en nuestra CE se opta, como *última ratio*, por la imposición de diferentes sanciones penales para el caso de que aquellas conductas lleguen a realizarse. Es al Parlamento en todas las sociedades democráticas a quien le corresponde decidir qué conductas son merecedoras de ser consideradas delito y por tanto sancionables con una pena. Una de las utilidades sociales del Derecho Penal es su misión de prevenir los delitos, como una forma de proteger determinados intereses y valores sociales.

Actualmente, con la LIVG, nos encontramos con una nueva orientación política criminal. El análisis en profundidad de los distintos tipos penales reformados hubiera requerido una extensión que no es el objeto de esta ponencia, aunque lo he desarrollado con mayor profundidad junto con otro autor en otro trabajo.³⁴ Las reformas más relevantes se refieren, por una parte, a la que modifica el tipo agravado del delito de lesiones del art. 148 CP (art. 36 LIVG), introduciendo dos nuevas agravantes específicas: la nº 4 «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», y la nº 5 «Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor».

Por otra parte los artículos 38 y 39 de la ley transforman en delito las coacciones y amenazas leves cuando el sujeto pasivo sea «su esposa, o mujer, que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia». Fruto del debate parlamentario, se aprobó en el Congreso de Diputados añadir a ambos preceptos «Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a

34. Vid. Comas d'Argemir/Queralt, *La Violencia de género: política criminal y ley penal*, Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Thomson, 2005, pp. 1185 y ss.

una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor». Desde un punto de vista dogmático, en mi opinión hubiera sido más adecuado proseguir en la línea iniciada en la Ley 11/2003, que trasladó a delito las faltas de amenaza cuando se exhibe un arma o instrumento peligroso y las agresiones aun sin lesión (art. 153 CP). Creo que el mantenimiento de las faltas penales contra las personas del Libro III del CP (arts. 617 al 622) es un anacronismo, inexistente en los Códigos Penales europeos. Dado que se trata de proteger el bien jurídico de la libertad, es decir, el derecho a no ser amenazado ni coaccionado, estas conductas deberían ser delito cualquiera que fuese el sujeto pasivo, introduciendo penas proporcionadas al grado de antijuricidad de la acción o de su gravedad: pena de multa, localización permanente, trabajos al servicio de la comunidad, privativas de libertad.

La opción del legislador en esta materia ha sido la más cuestionada por varios sectores jurídicos y políticos. El informe aprobado por el Consejo General del Poder Judicial,³⁵ considera que estos preceptos podrían vulnerar el art. 14 de la CE, en tanto que son discriminatorios respecto de los hombres, ancianos y menores. Asimismo, y en la fecha de celebración de este Congreso, se han presentado varias cuestiones de inconstitucionalidad por distintos órganos judiciales,³⁶ todas ellas referidas a la supuesta inconstitucionalidad de los tipos penales reformados anteriormente mencionados. Será, pues, el Tribunal Constitucional, quien tenga la última palabra respecto a si los tipos penales reformados se ajustan a la CE.

35. Informe aprobado por el Pleno del CGPJ de fecha 24-6-2004, por once votos a favor. Ponente: Vocal Sr. D. José Luis Requero. Voto particular discrepante al mismo formulado por los Vocales D. Fernando Salinas, D. Luis Aguiar, Dña. Montserrat Comas d'Argemir, D. Juan Carlos Campo, D. Félix Pantoja, D. Javier Martínez Lázaro, Dña. M^a Angeles García. <http://www.poderjudicial.es>

36. Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia. Auto de 29-7-05 (PA 305/05), respecto del art. 153.1 CP y Auto de 3-8-05 (PA 547/05) respecto del art. 171.4 CP; Juzgado de lo Penal nº 3 de Las Palmas. Auto de 15-9-05, (art. 153.1 CP); Juzgado de lo Penal nº 1 de Valladolid. Auto de 15-9-05 (JR 272/05), (art. 153. 1 CP); Juzgado de lo Penal nº 2 de Toledo. Auto de 20-9-05 (JR 1019/05), (art. 153.1 CP); Juzgado de lo Penal nº 1 de Orihuela (JO 741/05), (art. 171.4 CP); Juzgado Penal nº 2 de Albacete (Juicio rápido 377/05). Auto de 19-10-05, (arts. 153.1 y 171.4 C.P).

En mi opinión, esta nueva orientación política criminal, aunque sea discutible en su construcción técnico-jurídica, tiene encaje constitucional por las siguientes razones:

- 1) La agravación de las penas no sólo se aplica a los hombres cuando el delito se comete contra una mujer en el ámbito de la pareja o ex pareja, sino también a cualquier persona con independencia de su sexo, cuando el delito se comete contra personas especialmente vulnerables³⁷ que convivan con el autor en el ámbito familiar. Y, ello, tanto en la aplicación del tipo agravado de las lesiones, como en la configuración del delito de las amenazas y coacciones leves.
- 2) El plus de protección hacia las mujeres introducido en los tipos penales analizados no se basan exclusivamente en el hecho de ser el sujeto pasivo mujer, como se viene diciendo, sino por el hecho de que los atentados que padece tienen lugar en el ámbito de la relación de la pareja o ex pareja, aprovechando el hombre una situación de superioridad que tal relación le comporta. Es la mujer en esta específica relación la que es objeto de especial protección. No es por tanto una protección hacia las mujeres respecto de los ataques de cualquier hombre. Lo que se protege es a la mujer en una determinada situación de debilidad o sumisión, por eso la ley no es sexista.

37. El concepto de «persona especialmente vulnerable» ha sido integrado por la jurisprudencia del TS en numerosas sentencias, sobre todo con ocasión del enjuiciamiento de delitos de abusos y agresiones sexuales. El Observatorio ha expuesto en la *Guía Práctica de la Ley Orgánica 1/2004*, elaborada por la Comisión de expertos que persona especialmente vulnerable es «cualquier persona de los sujetos pasivos que por su edad, estado físico o psíquico o sus condiciones personales en relación al grupo conviviente la sitúan en una posición de inferioridad y/o debilidad frente al agresor». Vid. Guía Práctica LIVG en <http://www.observatoriocontralaviolenciadomesticaydegenero.es>. Los/as Magistrados que componen dicha Comisión son: Pilar Alhambra Pérez, Montserrat Comas d'Argemir, Carles Cruz Moratones, Joaquín Delgado Martín, Vicente Magro Servet, María Jesús Millán de las Heras, Inmaculada Montalbán Huertas, María Isabel Tena Franco.

- 3) No es algo ajeno recurrir a una agravación de la pena en nuestra tradición jurídica penal. En el Código Penal español existen casos de agravación de la pena, cuando el delito tiene lugar en una determinada relación, o por la actitud o intención del sujeto, o por los medios empleados. Así, por ejemplo, la pena del homicidio se agrava en los casos de genocidio (art. 607 CP) o terrorismo (art. 571 en relación al art. 572). La agresión al Jefe del Estado, Ministros o policías en el ejercicio de su función tienen aparejada una pena más grave que la misma conducta respecto al resto de los seres humanos. La lesión u homicidio de un ciudadano negro por un blanco por motivos racistas se castiga con una pena más grave, y no al revés. Dado que el machismo es un problema social que crea desigualdad y es el origen de la práctica totalidad de las acciones violentas en el ámbito de la pareja, deberíamos admitir que se castigue más intensamente esta conducta, estableciendo un plus de protección a las mujeres que sufren las consecuencias de este problema, protegiendo de esta forma las relaciones de igualdad en la pareja. En este sentido, y en mi opinión, tal y como expuse en la comparecencia que efectué ante la Comisión del Congreso de Diputados encargada del trámite parlamentario del Anteproyecto de Ley el día 20-7-2004, hubiera sido desde un punto de vista sistemático y dogmático mejor opción la de haber introducido una nueva agravante genérica en la parte general del CP (art. 22 CP), aplicable a todos los delitos relacionados con la violencia de género, en el sentido antes referido. Y ello porque la primera pregunta que cabe hacer a la opción legislativa contenida en la LIGV, es por qué razón se introduce dicha agravante únicamente en el delito de lesiones, y en las coacciones y amenazas leves y no respecto a todos los delitos referidos a la violencia de género tal y como vienen especificados en el art. 1.3 de la ley.³⁸

38. Art. 1.3 «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.»

- 4) El bien jurídico protegido en los tipos penales reformados es pluridimensional. Comparto el criterio del Fiscal General del Estado,³⁹ que no ve en los preceptos penales de la ley tacha de inconstitucionalidad porque los preceptos debatidos han de analizarse desde la óptica de los bienes jurídicos protegidos por la norma y de los fines mediatos e inmediatos de protección de la misma. El bien jurídico protegido es más amplio que el mero ataque a la integridad física o psíquica. La violencia contra la mujer degrada en el seno de la pareja los valores en los que se ha de apoyar la relación afectiva, y viola derechos constitucionales esenciales, entre ellos el de la igualdad en la pareja, además del de la seguridad y libertad. En la violencia contra la pareja, a diferencia de otras violencias intersubjetivas, encierra un valor añadido en cuanto atenta a otros valores constitucionales de primer orden referidos a la mujer, el derecho a la igualdad, a la no discriminación por razón de sexo, a la dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. Se añade, pues, un desvalor añadido: los ataques que sufre la mujer en el ámbito de la pareja no sólo afectan a su salud física o psíquica, sino que además persiguen su sumisión fundándose en la posición de dominio del hombre. La causa justificativa viene de la mano de una realidad social que pone de manifiesto que la violencia del hombre contra la mujer en el ámbito de la pareja, a diferencia del supuesto contrario, constituye un problema de primera magnitud que reclama políticas de igualdad que corrijan esta relación asimétrica de dominio del hombre sobre su pareja mujer.⁴⁰
- 5) Proporcionalidad de la pena. Todos los tipos penales reformados llevan incorporados la pena alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad, además de la pena privativa de libertad, lo que no sucede por ejemplo en el delito de hurto del art.

39. Fiscalía General del Estado. Circular nº 4/2005, de 18 de julio, relativa a los Criterios de Aplicación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género.

40. Fuentes Soriano, Olga. «La constitucionalidad de la Ley Orgánica de Protección Integral contra la violencia de género», en *La Ley* 18-11-2005.

234 CP –sin violencia ni intimidación–, en la que sólo está prevista la pena de prisión de seis a dieciocho meses. Además, y en determinadas condiciones, puede imponerse la pena inferior en grado (art. 153.4, art. 171.6, y art. 172.2 último párrafo del CP). Por ambas razones puede afirmarse que la pena no es desproporcionada. Como precedente, en materia de proporcionalidad de las penas, se ha de recordar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al declarar constitucional la opción legislativa del actual redactado del Art. 153 por Auto del Pleno del TC 223/2004, de 7 de junio, que inadmitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por el Juzgado de Instrucción nº 1 de San Vicente de Raspeig.⁴¹

VII. TUTELA JUDICIAL: COMPETENCIAS DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL RELATIVAS AL FUNCIONAMIENTO DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

En el Título V de la LIVG, cuya entrada en vigor se efectuó el pasado día 29 de Junio de 2005, se crean los Juzgados de Violencia so-

41. Auto TC 223/2004, de 7 de Junio. RJ «Aunque la duda de constitucionalidad se contrae a los aspectos indicados, 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 o 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). Asimismo, tampoco cabe dudar de la idoneidad de las sanciones previstas en el precepto cuestionado, al tratarse de medidas que con toda seguridad pueden contribuir a evitar, como con ellas y en especial con la pena de prisión ha pretendido el legislador según ha quedado explicitado en la exposición de motivos de la Ley, la realización de actos de violencia doméstica, persiguiendo en lo posible su erradicación, y a alcanzar y asegurar la mejor y más adecuada protección de las víctimas y una pacífica convivencia en el ámbito doméstico».