

Referencia: SP/DOCT/2531

[(*General)Competencia Judicial][(*General)Violencia Doméstica]

Artículo Monográfico

Cuestiones procesales relacionadas con la violencia doméstica

Helena Soletó Muñoz Profesora contratada Doctora del Área de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

1. Situación en España del fenómeno de la violencia doméstica
2. Mecanismos legales para luchar contra el maltrato
3. La respuesta procesal
 - A) La Asistencia Jurídica Gratuita
 - B) Las medidas cautelares
 - a) Las medidas de alejamiento
 - b) La orden de protección: el art. 544 ter
 - c) Iniciación del proceso y legitimación
 - C) Los juzgados de violencia sobre la mujer
 - a) La creación de los tribunales de violencia doméstica
 - b) La cuestión de la doble competencia civil y penal
 - c) El cambio de competencia una vez iniciado el proceso civil
 - d) La continuación de la competencia al surgir una finalización anormal de uno de los procedimientos
 - e) La competencia en instancias superiores
 - f) Especialidades en juicios rápidos
 - D) Alternativas procesales: la exclusión de la mediación

1. Situación en España del fenómeno de la violencia doméstica

En los últimos años, el fenómeno de la violencia doméstica o violencia de género se ha situado en el punto de mira de los medios de comunicación y de los agentes sociales. Los malos tratos, referidos sobre todo a la mujer, y con más importancia, los parricidios, se han llegado a clasificar por los medios como una suerte de terrorismo doméstico. Ante la alarma social, los Poderes Legislativo y Ejecutivo han desarrollado una serie de acciones con la finalidad de acabar o al menos hacer que disminuyan esta clase de sucesos.

De acuerdo con las estadísticas ofrecidas por el Observatorio de la Violencia Doméstica del Consejo General del Poder Judicial o el Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia, de entre las violencias ejercidas en el seno de la familia, la más habitual es la producida contra la mujer. En relación con los femicidios, se observa un crecimiento muy considerable, siendo el crecimiento interanual entre los años 2001 y 2005 del 54,17%.

Los factores que influyen en este fenómeno en sí como en la ocultación de los casos, son estudiados por sociólogos, psicólogos y juristas, entre otros, y acaban atribuyéndose a cuestiones culturales, educativas, genéticas o ambientales.

2. Mecanismos legales para luchar contra el maltrato

En principio, parece que la lucha contra la violencia doméstica puede tener sus mayores triunfos en el campo de la prevención, a través de políticas educativas o tratamientos psicológicos; sin embargo, dada la gran trascendencia que pueden tener los malos tratos también ha querido el legislador regular de forma particular el tratamiento judicial de las agresiones, pasando previamente por una tipificación de éstas.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género ha venido a llenar un vacío en el tratamiento del fenómeno de la violencia doméstica, ya que el hasta entonces tratamiento legal se circunscribía a la penalización de las conductas y a las medidas cautelares de protección. La LO 1/2004 tiene tres finalidades: castigar los delitos cometidos, evitar que se produzcan agresiones y mejorar la situación de las personas que han sufrido o sufren maltrato.

La lucha contra esta clase de violencia sólo se puede ganar con políticas de prevención y de tratamiento desde el punto de vista psicológico y sociológico, y no de represión penal, sobre todo en aquellos casos en los que la violencia es extrema y produce la muerte de la víctima, caso en el que la prevención general que pretende darse a través de la penalización de la conducta poco importa al agresor, que en muchas ocasiones intenta igualmente quitarse la vida.

De esta forma, el legislador de 2004 incide en los ámbitos escolar y sanitario, con el fin de prevenir y detectar las primeras manifestaciones del maltrato, se refuerza la protección social de las personas maltratadas y se da una regulación necesaria en los ámbitos laboral, publicitario o administrativo.

3. La respuesta procesal

En el año 2003 el legislador promulgó tres leyes referidas a los malos tratos, la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, 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, y la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1005, de 23 de noviembre, del Código Penal.

A través de la primera Ley Orgánica, la LO 11/2003, se modificaron los preceptos del Código Penal que penaban las conductas relacionadas con los malos tratos familiares, agravándose las penas, pasando las lesiones no definidas como delito a castigarse con prisión de tres meses a un año, así como las amenazas con armas. Por otra parte, se aumentó la pena correspondiente a la violencia habitual física o psíquica al cónyuge o persona con relación análoga actual o pasada a prisión de tres meses a seis años, añadiéndose las penas accesorias de privación de tenencia y porte de armas e incluso inhabilitación para ejercicio de derechos relacionados con menores (guarda, patria potestad...).

En el ámbito procesal, la LO 11/2003 no supuso ninguna novedad, salvo la referencia al quebrantamiento de una medida cautelar de alejamiento, que tendría como consecuencia la imposición de la pena en la mitad superior. Poco tiempo después, a través de la LO 15/2003, se modificó la regulación procesal, adaptándola a los cambios realizados por la ley orgánica de septiembre y por la misma ley en el Código Penal, y se añadió un nuevo precepto, el 544 ter.

A) La Asistencia Jurídica Gratuita

En el ámbito de la Asistencia Jurídica Gratuita se daba con anterioridad un grave problema en relación con las mujeres inmigrantes, cuyas solicitudes de asistencia gratuita eran denegadas; así, en el Informe de Amnistía Internacional «mujeres invisibles, abusos impunes: mujeres migrantes indocumentadas en España ante la violencia de género en el ámbito familiar», de julio de 2003, se denunciaba la restricción que suponía el establecimiento del derecho a la justicia gratuita de los extranjeros «que residan legalmente» en el territorio nacional del art. 2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. Tras la STC 95/2003, de 22 de mayo, que anula la referencia a «legalmente», la residencia ha de entenderse como una situación fáctica. En la misma línea, en el art. 17 de la Ley de Protección Integral se enuncia que los derechos reconocidos en dicha ley son de

titularidad de todas las mujeres víctimas de violencia de género, independientemente de su origen, religión o de cualquier circunstancia.

B) Las medidas cautelares

a) Las medidas de alejamiento

A partir de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del CP y de la LECrim en materia de protección a las víctimas de los malos tratos, se regularon en la Ley de Enjuiciamiento Criminal las medidas cautelares de protección a las víctimas: en el art. 544 bis se estableció la posibilidad de imponer cautelarmente a un inculpado de un delito de los del entonces art. 57, que a su vez añadía al alejamiento del lugar de comisión del delito o de residencia de la víctima o su familia como pena accesoria la prohibición de las comunicaciones y de aproximarse a la víctima, a sus familiares o a la persona que determine el órgano jurisdiccional.

Mientras que estas medidas, llamadas por la doctrina de «alejamiento», y que pueden suponer la prohibición de acercarse o comunicarse con la víctima y otras personas, tienen una duración máxima de 10 años más que la pena de prisión que se establezca, en la regulación de las medidas cautelares del art. 544 bis no se establece límite temporal, pudiendo durar por lo tanto lo que el proceso principal, y no excediendo de 5 años si el delito fuera menos grave y no estuviera penado con privación de libertad (art. 57 CP, modificado por la LO 15/2003). De acuerdo con lo dispuesto en el art. 68 LO 1/2004, las medidas podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen, caso en el que se hará constar el mantenimiento en la sentencia.

En el art. 544 bis se establecen como medidas cautelares la prohibición de residir en un determinado lugar, de acudir a determinado lugar o de aproximarse o comunicarse con determinadas personas.

La prohibición de residir, acudir o aproximarse a determinado lugar puede ser concretado, de acuerdo con lo prescrito en el mismo artículo, en determinado lugar, barrio, municipio, provincia, entidad local o comunidad autónoma. La prohibición de acercamiento también puede ser referida a determinada persona, como puede ser la víctima, sus familiares u otra persona determinada por el tribunal.

En la regulación de la LO 1/2004, se concreta la forma de adoptar las medidas de alejamiento; en su art. 64 se establece la posibilidad de prohibir no sólo que el inculpado se acerque al lugar de residencia o trabajo de la

persona protegida, sino también a cualquier lugar frecuentado por ésta. A estos efectos se dispone la indiferencia de que la persona protegida esté o no en el lugar al que se prohíbe el acceso. Se establece además la obligación del juez de fijar una distancia mínima entre el inculpado y la víctima que no se podrá rebasar, siguiendo la tradición norteamericana.

Para verificar el cumplimiento, se establece en el apdo. 3 del art. 64 LO 1/2004 la posibilidad de «utilización de instrumentos con la tecnología adecuada», que podrán ser brazaletes electrónicos u otros dispositivos como los teléfonos móviles que conectan a las mujeres protegidas con el policía que supervisa la protección, cuestión esta, el control del cumplimiento de la medida, que queda sin resolver de forma integral.

Los presupuestos de la medida cautelar, que son el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, se concretan en estas medidas en la apariencia de buen derecho que puede ser la investigación de un delito de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico.

El peligro en la tardanza se materializa en la duración del proceso penal y en la necesidad de proteger a la víctima, circunstancia esta última que recoge el propio art. 544 bis. El legislador además incluye la necesidad de motivar la resolución y de limitar la medida a aquellos casos en los que resulte estrictamente necesario, evitando el automatismo que por otro lado impide la doctrina del Tribunal Constitucional cuando se trata de establecer medidas restrictivas de derechos fundamentales y llama la atención sobre la proporcionalidad de la que han de gozar dichas medidas.

Las medidas cautelares del art. 544 bis se pueden adoptar a instancia de la persona agraviada pero también de oficio, ya que en el citado precepto únicamente se recogen como presupuestos la iniciación de un proceso por las causas enumeradas en el art. 57 CP y la necesidad de proteger a la víctima, finalidad que escapa de las tradicionales de las medidas cautelares, en las que el mantenimiento de la situación actual para procurar la ejecución de una eventual sentencia condenatoria es protagonista.

Dejando de lado la antigua disquisición doctrinal referente a la homogeneidad y no identidad de las medidas cautelares, superada en la actualidad, ha de tenerse en cuenta que la circunstancia de peligro de sobrevenir un mal para la víctima del delito *sub iudice* se puede entender como circunstancia de peligro en la mora en la que además concursa un evidente interés público en proteger a los ciudadanos amenazados.

Entendemos, por lo tanto, que dada la concurrencia de este interés público las medidas de alejamiento son susceptibles de adopción de oficio e incluso contra la voluntad de la persona protegida por la medida, por lo que el juez podrá adoptar la medida cuando, una vez iniciado el proceso penal, tenga conocimiento por la vía que sea (petición del Ministerio Fiscal, información de familiares, etc.) de que la persona está en una situación de riesgo personal.

En cuanto a las personas susceptibles de ser protegidas por la medida, se enumeran en el actual art. 173 CP, es decir, las víctimas de un delito de los del art. 57 CP que estuvieran relacionadas con el agresor por vínculos afectivos, familiares o de dependencia: el que sea o haya sido cónyuge o persona ligada por relación análoga de afectividad, aun sin convivencia, descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, menores, incapaces que con él convivan o se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, otras personas integradas en el núcleo familiar o personas sometidas a custodia en centros.

Como criterio adicional se establece en el mismo precepto la valoración de la situación económica, familiar, laboral y física del imputado, especificándose la necesidad de prestar especial atención a la posibilidad de continuidad en el trabajo del imputado. Estas referencias son una vez más criterios de proporcionalidad en la adopción de la medida cautelar.

Por último, en el art. 544 bis se establece una cláusula penal ante el incumplimiento de la medida cautelar, posibilitándose la adopción de medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de la libertad personal, como será la adopción de las medidas del 544 bis de forma más gravosa o incluso la prisión provisional, lo cual no es otra cosa que la concreción del principio *rebus sic stantibus* que rige en las medidas cautelares, estableciéndose que el cambio de circunstancias a instancia de la persona objeto de la medida cautelar puede derivar en medidas más gravosas para ésta.

En todo caso, para la adopción de una medida más gravosa el órgano jurisdiccional habrá de tener en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, con lo que se atenúa el automatismo del agravamiento.

Por otra parte, y con origen en la LO 15/2003, se concretó que en caso de incumplimiento de la medida cautelar de alejamiento, el tribunal o juez convocará a una comparecencia del art. 505, referida a la prisión provisional, con el fin de adoptar dicha medida o la adopción de la orden de

protección del 544 ter o de cualquier otra medida cautelar que implique una mayor limitación de la libertad personal del imputado, con lo que únicamente se hace referencia a la posibilidad que con la anterior legislación se intuía como medida cautelar más gravosa.

También se han establecido consecuencias penales a la infracción de la medida cautelar, dado que el quebrantamiento de la medida cautelar será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año. Si el quebrantamiento de una medida cautelar se realiza en el marco de un nuevo hecho delictivo de lesiones, amenazas o coacciones contra una de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP, se impondrán las penas en su mitad superior (arts. 153.3, 171.5 y 172.2 CP).

b) La orden de protección: el art. 544 ter

La Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica introdujo el art. 544 ter en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a través del cual se establece la orden de protección, una resolución que puede dictar el juez de instrucción y que puede contener medidas cautelares de carácter penal, como el alejamiento, y, por otro lado, medidas cautelares de orden civil, además de cualquier medida de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico (art. 544 ter.5).

Por su parte, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, modificó el primer apartado de este artículo para corregir la referencia al art. 153 CP sustituyéndola por la referencia al art. 173, donde, a partir de la redacción dada a estos artículos por la LO 11/2003, se hace referencia a las personas objeto de la protección reforzada.

El gran avance de esta regulación es posibilitar la coordinación de las medidas penales y civiles que hasta entonces tenían que obtenerse en diferentes juzgados si éstos no eran mixtos (Juzgado de Primera Instancia y Juzgado de Instrucción), o siendo mixtos el reparto del asunto civil y penal correspondía a distintos juzgados, o incluso correspondía al mismo juzgado pero a través de procedimientos diferentes y con diferentes tiempos de resolución por lo tanto.

A través de la centralización de las resoluciones por el mismo órgano jurisdiccional se soluciona la probable incoherencia de las resoluciones civiles y penales (por ejemplo, el juez civil determina que el marido permanezca provisionalmente en la vivienda y el juez penal le prohíbe

acercarse a ésta...), facilitando a la vez los trámites en los habituales casos en los que se relaciona la separación de la pareja con la violencia.

El *fumus boni iuris* es el indicio fundado de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el art. 153 CP. Como se puede observar, la diferencia respecto de la protección del art. 544 bis es la enumeración de los delitos cuyo enjuiciamiento posibilita la adopción de la medida en vez de la referencia al art. 57 CP, donde se realiza una enumeración más amplia al incluirse los delitos contra la intimidad, la propia imagen, el honor, patrimonio y orden socioeconómico.

La diferente enumeración tiene sentido desde el momento en que se entiende que una orden de protección va dirigida a otorgar una regulación completa de las relaciones familiares en crisis de separación, en las que normalmente los delitos que concurren van a ser de entidad, contra la vida, integridad, libertad o seguridad.

Como es sabido, la orden de protección se puede emitir de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del agraviado o de alguna de las personas relacionadas con la víctima, que podrán presentar la solicitud en dependencias distintas de las tradicionales policiales, judiciales o de la fiscalía, como en oficinas de atención a la víctima, servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las administraciones públicas (art. 544 ter.3), las cuales remitirán de inmediato la solicitud al juez competente.

El interés público que impera en el ámbito de los malos tratos familiares permite la actuación de oficio o a petición de personas distintas de los ofendidos, tales como el Ministerio Fiscal, familiares o convivientes; sin embargo, la existencia de ciertos principios de carácter civil como la justicia rogada o el principio dispositivo suponen que las medidas de naturaleza civil, que ya no suponen una protección física de la víctima, hayan de ser solicitadas por la víctima, su representante legal o el Ministerio Fiscal si existieran hijos menores o incapaces.

Esta regulación se aparta en cierta medida del proceso civil, en el que aunque las partes no hayan solicitado que el juez se pronuncie sobre las medidas relativas a los menores, el juez podrá hacerlo de oficio. La diferencia en la solución puede encontrarse en la vigencia del principio dispositivo en lo relativo a la voluntad de las partes en iniciar un proceso civil; es decir, que, en el ámbito de los procesos matrimoniales, los cónyuges pueden decidir iniciar un proceso sobre su ruptura; una vez iniciado, pueden incluso disponer del objeto del proceso, sin embargo, el

deber de congruencia del juez con lo pedido y lo resistido por las partes no se da con la misma fuerza que en un proceso civil de carácter económico, puesto que el interés público en juego que se patentiza en la situación de los menores dependientes de los padres posibilita que el juez se pronuncie sobre ésta, incluso contra la voluntad de los progenitores. Por lo tanto, vemos que en el proceso matrimonial no rige completamente el principio dispositivo.

La solución adoptada en el art. 544 ter supone una cierta concesión al principio dispositivo en cuanto que se establece que las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o, en caso de existir hijos menores o incapaces, por el Ministerio Fiscal. Téngase en cuenta que esto queda atenuado por la referencia en el mismo párrafo al art. 158 del Código Civil, que faculta al juez a dictar las medidas que considere en beneficio del menor, con lo que en realidad el juez se puede pronunciar de oficio sobre cualquier medida que atañe al bienestar del menor.

Las medidas que se pueden adoptar son las relativas al uso de la vivienda familiar, las relativas a la situación de guarda y visitas a los menores y las medidas de carácter patrimonial. Como novedad, en el art. 64 LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género se establece que el juez podrá autorizar que la persona protegida permute el uso de la vivienda familiar que se le haya atribuido por el de otra a través de agencia pública dedicada al arrendamiento. Esta medida tendrá carácter excepcional y se adoptará en las condiciones y tiempo que determine el juez. Por otra parte, también se regula en el mismo artículo la salida obligatoria del inculpaado de la vivienda, con prohibición de volver a la misma, medida que ya existía de forma implícita al establecerse el alejamiento y el uso de la vivienda para la víctima.

Las medidas de carácter civil tienen una vigencia temporal de 30 días, plazo en el que a instancia de la víctima ha de ser incoado un proceso de familia ante la jurisdicción civil para que no decaigan. De presentarse la demanda, las medidas actuarán como medidas provisionales, prorrogándose su vigencia en tanto el juez civil no las ratifique, modifique o deje sin efecto en principio en los 30 días siguientes.

De no presentarse la demanda en el plazo establecido, entendemos que podrán dejarse subsistentes las medidas relativas a los menores, de acuerdo con lo establecido en el art. 158 del Código Civil.

Finalmente, en el art. 544 ter se disponen especialidades procedimentales relativas a la comunicación de la orden de protección a las administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección de

seguridad o de asistencia social, que serán entonces los diferentes cuerpos de policía o los servicios sociales que tramiten la asistencia (apdo. 8).

Por otra parte, en el apdo. 9 se establece el deber de informar a la víctima sobre la situación procesal del imputado, alcance y vigencia de las medidas cautelares y situación penitenciaria, habiendo de inscribirse la orden en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica (apdo. 10).

c) Iniciación del proceso y legitimación

La iniciación del proceso penal por delitos de género no se encuentra limitada en España a la víctima, sino que también puede iniciar el proceso el Ministerio Fiscal.

Esta posibilidad es análoga en los países de nuestro entorno; en Portugal puede el Ministerio Público iniciar el procedimiento por delito de malos tratos sin denuncia previa si considera que es de interés para la víctima y ésta no se opone (art. 152 CP).

En Suecia el proceso penal lo puede iniciar cualquier persona que conozca de los malos tratos, sin ser necesaria la denuncia de la víctima. En Alemania, donde el principio de oficialidad rige, la persecución se reserva al Estado, que actúa a través del Ministerio Público, sin ser necesaria una previa denuncia de la víctima si se trata de una infracción de orden público, lo cual es evidente en caso de producirse violencia física o lesiones. En todo caso, el fiscal podrá intervenir de oficio si considera que el interés público en juego así lo requiere, y en el sistema francés la acción corresponde al Ministerio Fiscal.

En Portugal además se atribuye una legitimación extraordinaria para ser parte en el proceso penal por delitos de género a asociaciones de defensa de los intereses de mujeres maltratadas, pues aunque el Ministerio Fiscal ^{Nota} o la propia víctima puedan mantener la acción, las asociaciones para la defensa de las mujeres víctimas pueden representar a la mujer en el procedimiento penal, previa autorización escrita de ésta. Estas asociaciones también están legitimadas para solicitar en interés de la víctima las indemnizaciones que se otorgan por el Estado.

Por el contrario, en países como Bélgica es necesaria una denuncia acompañada de un certificado médico.

Además, en Portugal, a través de la Ley 7/2000, de 27 de mayo, de modificación del CP y del Código de Proceso Penal, se establece una

posibilidad de suspensión del proceso a petición del cónyuge o conviviente (art. 281 del Código de Proceso Penal), siempre que no se hubiera recurrido a esta posibilidad anteriormente, y con el límite temporal máximo de la duración de la eventual sentencia condenatoria.

C) Los juzgados de violencia sobre la mujer

a) La creación de los tribunales de violencia doméstica

En lo que respecta al ámbito procesal, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género introduce una gran novedad: la creación de los juzgados de violencia sobre la mujer, órganos de carácter mixto que tienen una competencia penal en lo que atañe a los malos tratos, y una competencia civil que se circunscribe a asuntos de familia, adopción y protección de menores.

Estos juzgados tienen competencia exclusiva y excluyente en algunos partidos judiciales, según establezca el Gobierno mediante Real Decreto (arts. 48 y ss. LO 1/2004). En la actualidad se han creado en Granada, Málaga, Sevilla, Palma de Mallorca, Las Palmas de Gran Canaria, Santa Cruz de Tenerife, Barcelona, Alicante, Valencia, Madrid, Murcia, Vitoria, San Sebastián y Bilbao, todos con un juzgado salvo Barcelona y Madrid con dos).

Los juzgados de violencia sobre la mujer tienen su sede en la capital del partido, de acuerdo con la nueva redacción del art. 9 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, modificado por el art. 49 LO 1/2004. En la misma norma, art. 46 ter, incluido por la LO 1/2004, se establece también la competencia de las comunidades autónomas para fijar la sede de los juzgados de violencia sobre la mujer.

En los partidos en los que no sea precisa la creación de un órgano específico, la competencia no será exclusiva, y el conocimiento de las causas enumeradas en el art. 87 ter LOPJ se otorgará a uno de los juzgados de instrucción o de primera instancia e instrucción que exista en el partido, que desarrollará estas funciones junto con el resto de las correspondientes a su jurisdicción penal o civil, según la naturaleza del órgano (art. 50 LO 1/2004). Esta competencia se atribuye por el Real Decreto 233/2005, de 4 de marzo, al Consejo General del Poder Judicial, previo informe de las Salas de Gobierno.

Cuando en un partido judicial sólo exista un único juzgado de primera instancia e instrucción, será éste el que asuma el conocimiento de estos

asuntos, según establece el art. 4.2 RD 233/2005, compatibilizándolo con sus competencias ordinarias.

b) La cuestión de la doble competencia civil y penal

La competencia penal

De acuerdo con el nuevo art. 87 ter LOPJ, la competencia del juzgado de violencia sobre la mujer (a partir de ahora, JVM) se limita a la instrucción de los procesos penales por los delitos contra la integridad física, moral, libertad o cualquier delito cometido con violencia o intimidación cuando el ofendido sea o haya sido esposa o pareja, aun sin convivencia.

También se extiende la competencia de este juzgado a la instrucción de los delitos cometidos sobre descendientes menores o personas dependientes si concurre con un acto de violencia de género, tal como se dispone en el art. 87 ter.1 a) LOPJ.

De la definición de lo que es y no es «un acto de violencia de género», concepto jurídico indeterminado, va a depender en gran medida el alcance de la competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer: si se entiende que un acto de violencia de género es aquel que se realiza contra la esposa o análoga persona, la persecución de actos de violencia contra los hijos, por ejemplo, no serían competencia del JVM. Si por el contrario se entiende que una agresión realizada por una persona en situación de superioridad es un acto de violencia de género, la competencia del JVM se circunscribiría más fácilmente al ámbito de las relaciones familiares.

En tercer lugar, es competente el juzgado además de la instrucción de los procesos por delito contra derechos y deberes familiares, es decir, los regulados en los arts. 223 a 233 CP, que incluyen el quebrantamiento de régimen de guarda, sustracción de menores, impago de pensiones, abandono de menores, mendicidad con menores, etc. cuando la víctima sea una de las personas, dice la ley, «señaladas como tales en la letra anterior». Esta referencia puede entenderse realizada a la esposa o pareja análoga por una parte, pero también cuando la víctima sea un descendiente del agresor o de la esposa, o persona dependiente, caso este último en el que es dudoso que haya de concurrir el delito con un acto de violencia de género, tal como se exige para los delitos cometidos contra descendientes, menores o incapaces.

Entendemos que en el caso de concurrir un delito contra los derechos y deberes familiares es conveniente que la competencia corresponda al juzgado de violencia sobre la mujer, aunque no concorra con un acto de

violencia, puesto que en caso contrario tendríamos dos causas, una civil, ante el juzgado de familia, en la que se dirimirá sobre la situación del menor, y otra penal, en la que se buscaría la responsabilidad civil del infractor, con lo que se tendrían resoluciones probablemente incompatibles. A un lado de la competencia instructora, que evidentemente abarca la competencia para dictar medidas cautelares, como consecuencia de la competencia funcional, si bien en el apdo. c) del art. 87 ter.1 LOPJ se hace referencia expresa a la competencia para adoptar órdenes de protección, el juzgado de violencia sobre la mujer será competente para el conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los Títulos I y II del Libro III CP, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) del primer apartado, con lo que se entiende que ha de ser la mujer con relación de afectividad o los descendientes, incapaces o menores dependientes, siempre que se haya producido un acto de violencia de género. Volvemos a plantearnos la necesidad de la concurrencia de este acto, y, por otra parte, la lógica de atribuir la competencia de las faltas de carácter patrimonial si la instrucción de los delitos patrimoniales no están incluidos en la competencia del JVM.

La competencia civil

De acuerdo con lo establecido en el apartado segundo del art. 87 ter LOPJ, los juzgados de violencia contra la mujer podrán conocer en el orden civil de los procedimientos y recursos sobre familia. El matiz, como puede observarse, es diferente del contenido en el primer apartado, cuando se hacía referencia a que dichos juzgados «conocerán»; la competencia penal es exclusiva y excluyente, mientras que la competencia civil no lo es; la competencia para conocer de los asuntos de familia corresponde en principio a los juzgados civiles, y como excepción se otorga la competencia exclusiva y excluyente a los juzgados de violencia contra la mujer para conocer de los asuntos de familia siempre que se den las circunstancias del apartado tercero, esto es, que se persiga al demandado por un acto de violencia de género del apartado primero, siendo la víctima del acto parte del proceso civil [la referencia a las personas del apdo. 1 a) supone englobar en este concepto a la esposa o pareja cuyo hijo o dependiente sea la víctima del acto penado].

La acumulación de competencias

En principio nada obsta a que un mismo órgano jurisdiccional tenga una doble competencia civil y penal, ya que en el sistema español esto es lo habitual; existen múltiples juzgados de primera instancia e instrucción, cuya competencia abarca las cuestiones civiles como juzgado de primera instancia y la instrucción penal o el enjuiciamiento de faltas como juzgado

de instrucción. La novedad de la nueva regulación es precisamente introducir un mecanismo de concentración de los asuntos ante un mismo juzgado, evitando que se dicten resoluciones contradictorias, habituales en aquellos partidos con alta densidad de población, en los que coexisten juzgados de primera instancia, juzgados de primera instancia especializados en familia y juzgados de instrucción.

Las cuestiones más problemáticas se van a dar en relación con los cambios de competencia respecto de los asuntos tramitados ante el juez civil en el caso de que surjan cuestiones de violencia doméstica, lo que en algunos casos producirá una atracción de la competencia por el juez de violencia contra la mujer, con las consecuencias que se estudiarán.

En cuanto al alcance de la acumulación de competencias, es decir, ante la cuestión de si supone la acumulación de la competencia la acumulación de procesos, entendemos que no, dado que no se ha regulado un nuevo proceso único que contemple los asuntos civiles y penales, y además porque en el art. 87 ter LOPJ se indica que los juzgados conocerán «de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal»; en cuanto a la competencia civil, la referencia a la Ley de Enjuiciamiento civil es idéntica.

Por lo tanto, el efecto de la regulación de la LO 1/2004 es la acumulación de competencias para conocer de procesos completamente heterogéneos, los cuales se tramitarán de forma independiente, si bien de forma coherente en sus resoluciones, dado su conocimiento por el mismo órgano jurisdiccional.

c) El cambio de competencia una vez iniciado el proceso civil

El juez civil conoce la existencia del hecho delictivo

Una de las cuestiones que surge es qué ocurre cuando iniciado un proceso civil se tiene conocimiento de un acto de violencia doméstica. En el art. 49 bis LEC se establece la pérdida de la competencia cuando se produzcan actos de violencia sobre la mujer con la excepción de que se haya iniciado la fase del juicio oral.

El tratamiento procesal varía dependiendo de que se haya iniciado un proceso penal o no; en el primer caso, el juez civil deberá dejar de conocer del asunto, remitiendo los autos al juez de violencia sobre la mujer competente, con la excepción de que el asunto civil haya llegado a la fase de juicio oral.

Por el contrario, si el juez civil tuviera conocimiento del posible acto de violencia sin que se haya puesto en marcha el proceso penal, citará a las partes y al Ministerio Fiscal a una comparecencia para que decidan si se inicia el proceso penal, con solicitud o no de la orden de protección. Ha de tenerse en cuenta que si se decide solicitar la orden de protección, también habrán de denunciarse los hechos, puesto que no es posible adoptar una medida cautelar contra una persona sin imputarle determinados hechos. Por otra parte, el apdo. 2 del art. 49 bis LEC sólo hace referencia a la decisión del Ministerio Fiscal de perseguir los hechos, sin embargo, el ofendido podrá, lógicamente, también denunciar o pedir la orden de protección, que conlleva la persecución de los hechos delictivos.

En el caso de que se inicie el proceso penal con posterioridad al proceso civil, y tras la comparecencia del art. 49 bis.2 LEC, el tribunal civil continuará conociendo del asunto hasta que se le requiera la inhibición por parte del juzgado de violencia sobre la mujer.

En ambas situaciones la inhibición del tribunal se hará sin audiencia de las partes ni el Ministerio Fiscal, aunque se trate de una inhibición por falta de competencia objetiva (art. 49 bis.4 con referencia al art. 48.3 LEC) y no se admitirá declinatoria.

En todo caso, la acumulación de las competencias no precisa la instancia de parte, pues, de acuerdo con la regulación del art. 49 bis.2 LEC, es una cuestión de derecho imperativo.

El juez de violencia conoce de la existencia de un proceso civil

Por otro lado, cuando sea el juez de violencia sobre la mujer el que, con competencia sobre una causa penal por violencia de género, tenga conocimiento de la existencia de un proceso civil vinculado a la causa penal porque concurren los requisitos del art. 87 ter LOPJ requerirá al tribunal civil de inhibición, que habrá de acordarla de inmediato (art. 49 bis.3).

d) La continuación de la competencia al surgir una finalización anormal de uno de los procedimientos

La continuación de la competencia en el ámbito civil cuando la cuestión penal se sobresea.

Se establece en el art. 87 ter LOPJ en su apdo. 4 que cuando el juez de violencia sobre la mujer «apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de

género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente».

Esto supone una especial regulación de sobreseimiento que como instructor el juez de violencia sobre la mujer realiza cuando los actos notoriamente no constituyan violencia de género. La misma solución, es decir, el reenvío del asunto al órgano civil, habrá de darse cuando el juez sobresea el asunto penal por cualquier otro motivo que se ponga de manifiesto de forma notoria, como, por ejemplo, la imposibilidad de que el imputado sea autor de los hechos delictivos, siempre que dicha resolución se dé en el inicio de la investigación. Con esta interpretación se salvarían los casos en los que se realizaran falsas denuncias para modificar artificialmente la competencia civil.

Para el resto de los casos, es decir, cuando se sobresea el proceso penal y ya se haya avanzado en el proceso civil, el reenvío al juez civil sólo supondría una mayor tardanza. Carballo apunta acertadamente que el límite de la apertura del juicio oral establecido respecto de la pérdida de competencia del juez civil al de violencia debería ser aplicable también en este caso, impidiendo la pérdida de competencia, pues es evidente que el conocimiento del asunto en tal punto ya será profundo.

La continuación de la competencia penal cuando haya desistimiento en la cuestión civil

En cuanto a la finalización anormal del proceso civil, no tendrá ninguna consecuencia en el ámbito competencial, ya que la competencia en los asuntos penales es por definición exclusiva y excluyente ab initio del juzgado de violencia sobre la mujer.

e) La competencia en instancias superiores

La competencia para conocer de la fase de juicio oral en el proceso penal corresponderá al juez de lo penal o a la audiencia provincial, en la que las secciones habrán de especializarse (art. 82.1.4.º LOPJ). En el primer caso, el recurso corresponderá a la Audiencia Provincial, al igual que los entablados contra las resoluciones civiles del JVM, y ha de tenerse en cuenta que los asuntos civiles y penales serán recurridos en diferentes secciones especializadas en civil o penal, y que la coordinación de las resoluciones no será evidente, sin embargo, este asunto no tiene tanta trascendencia en segunda instancia, momento en el que en principio la protección integral a la familia que se pretende se habrá otorgado.

Si la competencia para conocer del juicio oral en el proceso penal corresponde a la Audiencia Provincial, Audiencia Nacional o Juzgado Central de lo Penal, la concentración de competencias habrá dejado igualmente de producirse.

En cuanto a las futuras reclamaciones de carácter civil –por ejemplo, modificación de medidas– vinculadas con el proceso civil anterior que se dio ante el juez de violencia sobre la mujer, entendemos que no habrá de causar antecedente en cuanto a la competencia, y que únicamente serán competencia de dicho juzgado de violencia cuando se acompañe de la instrucción del proceso penal correspondiente.

f) Especialidades en juicios rápidos

La especialidad en juicios rápidos supone que será el juez de violencia sobre la mujer y no el juzgado de guardia el competente para la instrucción y posible finalización del proceso por conformidad, sin embargo se establece en el art. 779 bis.2 la posibilidad de poner a disposición del juzgado de instrucción de guardia al detenido a efectos de regularizar su situación personal (esto es, en el plazo de 72 horas desde la detención) si no fuera posible hacerlo ante el juzgado de violencia sobre la mujer competente.

La competencia civil cuando se tramite un juicio rápido será igualmente atraída por el juez de violencia sobre la mujer sin especialidades, a diferencia de la previsión del Proyecto de Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en el que se establecía la excepción a la pérdida de competencia civil por el juez civil si se tramitaba un juicio rápido. En la redacción definitiva de la ley se omitió tal excepción y además se hizo especial referencia a la competencia del juez de violencia sobre la mujer en la nueva DA 4.^a a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducida por la DA 12.^a LO 1/2004.

D) Alternativas procesales: la exclusión de la mediación

En el art. 87 ter LOPJ, apdo. 5, se establece que «en todos estos casos está vedada la mediación». Todos los casos a los que se refiere habrán de ser los que le anteceden en la regulación del mismo artículo, que serán entonces de aquellos casos competencia del juzgado de violencia sobre la mujer, que, como es sabido, pueden ser de naturaleza penal (instrucción de delitos o enjuiciamiento de faltas) o civil (relativos a asuntos de familia). Sin embargo, esta exclusión parece a todas vistas muy poco acertada. En este sentido, Carballo Cuervo se hace eco de la sorpresa que la exclusión ha despertado, ya que ello va en contra del criterio sostenido en el Seminario

de fiscales de violencia doméstica en noviembre de 2004 (SP/DOCT/2400). En el mismo sentido, los especialistas en mediación defienden su uso en el ámbito penal, en el que además ha tenido especial incidencia en Francia al recurrirse a la mediación en los malos tratos familiares. En el art. 41.1 del Code de Procedure Civile se establece la posibilidad de que el tribunal haga proceder a una mediación si considera que es posible que a través de un acuerdo se repare el daño y se contribuya a la reeducación del agresor, siempre que concurra el acuerdo de las partes.

Las ventajas de la mediación son evidentes, ya que preexiste una relación entre víctima y agresor que va a perdurar después del enjuiciamiento de los hechos delictivos, y a través de la mediación se intenta responsabilizar al autor, intentando prevenir la posible reincidencia.

Por otra parte, parece positiva la experiencia de la mediación penal en España, practicada en el ámbito de los menores a raíz de la potestad que se otorga al Ministerio Fiscal para desistir de la incoación del expediente y sobre todo cuando se regula el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima (arts. 18 y 19 LORPM), y tiene cabida también tras la sentencia, pues la pena impuesta puede quedar sin efecto si se produce la conciliación (art. 51). Por otra parte, si bien no se regula tan claramente, podría ser posible la mediación en los ámbitos de «justicia negociada», que se originaron en 1988, con la creación del procedimiento abreviado, y que siguen patentes en las últimas modificaciones de la LECrim a propósito de los juicios rápidos.

En cuanto a la mediación en el ámbito penal general, se observa una tendencia de los sistemas penales europeos a admitirla, a veces como consecuencia de la transacción entre las partes que supone la conformidad, o, abiertamente, como medio para solucionar el conflicto, como es el caso de la legislación alemana o la francesa, mientras que en la italiana la mediación se da en el ámbito de los menores o de delitos de menor importancia.