

**LOS MECANISMOS DE DEFENSA EFECTIVA DE LA
IGUALDAD DE GÉNERO
EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL ESPAÑOL**



UNIVERSIDAD CARDENAL HERRERA - C.E.U.

**MÁSTER EN AGENTES DE IGUALDAD DE
OPORTUNIDADES**

**ALUMNO: Ricardo de la Rosa Fernández
Barcelona, a doce de junio de dos mil doce.**

**LOS MECANISMOS DE DEFENSA EFECTIVA DE LA IGUALDAD
DE GÉNERO EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL ESPAÑOL**

ÍNDICE

1.- INTRODUCCIÓN.....	3
2.- LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL OBJETIVA, FUNCIONAL Y HORIZONTAL.....	4
3.- IGUALDAD DE GÉNERO Y COMPETENCIA JUDICIAL OBJETIVA.....	12
3.1. ÁMBITO CIVIL.....	13
A) Ámbito civil ordinario.....	13
B) Ámbito de los Juzgados de Familia.....	15
C) Ámbito de los Juzgados de lo Mercantil.....	17
3.2. ÁMBITO PENAL: Especialidades que se plantean en torno a este ámbito; análisis de diversas cuestiones técnicas.....	22
A) La aplicación del artículo 416 LECr en un proceso de violencia contra la mujer: valor de las declaraciones de la víctima del delito.....	34
B) La expresa preconstitución de prueba en los procesos de violencia contra la mujer.....	40
C) Las medidas cautelares de protección ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.....	41
3.3. ÁMBITO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.....	55
3.4. ÁMBITO SOCIAL.....	58
4.- CONCLUSIONES.....	68
5.- BIBLIOGRAFIA.....	72

1.- INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo pretende analizar qué soluciones brinda el Derecho procesal español a una cuestión como la igualdad de género y su tutela efectiva por parte de los Órganos de la Administración de justicia española.

Para ello, el análisis que se plantea parte de acotar los términos relativos a lo que se entiende a nivel jurídico como competencia objetiva, competencia funcional y competencia horizontal o territorial, para poder descubrir así la forma en que todo ello pueda afectar a la igualdad de género y su protección por parte de la jurisdicción, ante la petición que lleve a cabo la persona justiciable.

A continuación, se examinará en un examen casuístico y general las diferentes posibilidades de defensa de la cuestión de género desde cada ámbito de la competencia objetiva de la jurisdicción, apuntando en este caso las posibles cuestiones de competencia que pueden surgir, con especial hincapié en cuestiones de familia y violencia de género.

En tercer lugar, se tratará la existencia de conflictos de competencia que, en particular, harán referencia a la problemática que surge en especial en materia de violencia de género, los problemas de competencia territorial que irán surgiendo y, también aquí, remarcar que la violencia de género así lo plantea.

Por último y con carácter previo a formular conclusiones concretas, se tratará la cuestión relativa a los conflictos de competencia y la defensa de la igualdad de género, intentando con ello ver cómo se han ido resolviendo y qué criterios dan las leyes procesales y, en su caso, sustantivas, o bien la

propia jurisprudencia, para la resolución de las cuestiones de competencia, cuando el objeto del litigio se basa en cuestiones de género.

2.- LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL OBJETIVA, FUNCIONAL Y TERRITORIAL

Este apartado pretende plantear los diferentes puntos de vista con que la igualdad de género puede ser defendida ante los Tribunales españoles, desde un punto de vista genérico y planteando las diferentes facetas de la competencia jurisdiccional.

A tal fin, debemos partir de la base de que la función jurisdiccional viene atribuida desde el punto de vista constitucional¹ (art. 117 CE) a los Tribunales de Justicia, que cuentan con una estructura propia en su formación y organización, así como en la distribución de los diferentes organismos en los diferentes puntos de España. En palabras de Francisco Ramos Méndez, *“La competencia, pues, determina el conjunto de negocios que vienen atribuidos a un Tribunal en exclusividad o con preferencia a otro. Mediante ella, se establece cuál es en concreto el Tribunal que ha de conocer un asunto determinado, sirviendo de pauta a las parte para saber a qué órgano jurisdiccional deben dirigirse. De esta manera se concreta, por así decirlo, la "porción" de la jurisdicción que cada Tribunal ejerce y los límites dentro de los cuales la puede ejercer*².

¹ Art. 117.3 de la Constitución de 29 de diciembre de 1978: *“El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”*.

² Ramos Méndez, F., *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, pág. 164, Barcelona, 1995

La visión de la jurisdicción, a su vez, parte de un principio general previo sentado también por la propia Constitución, al hacer mención en su art. 117 al principio de unidad de jurisdicción. A tenor de este principio, la jurisdicción única que existe en España no establece diferencias entre órganos jurisdiccionales, salvo en lo que seguidamente se dirá, pues todos ellos cumplen simple y llanamente las funciones de juzgar y ejecutar lo juzgado. No obstante, lo cierto es que la Jurisdicción española ha distribuido en diferentes órdenes el conocimiento de los diversos asuntos que pudieran plantearse. De ahí surge la especialización en los órdenes jurisdiccionales Civil, Penal, Contencioso-Administrativo, Social y Militar. A su vez, el orden civil ha visto en los últimos años la aparición de subespecialidades dentro de su materia, mediante la atribución a determinados órganos jurisdiccionales civiles el conocimiento de materias de Familia³ y Mercantil⁴ y el orden penal, por su parte, ha encontrado la especialidad mixta (civil y penal) de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer⁵. En aquellas ocasiones en que la legislación no ofrezca claridad suficiente y pueda generarse algún tipo de duda al respecto de si es un orden jurisdiccional u otro el que debe conocer un determinado asunto, podrán encontrarse los denominados conflictos de competencia, que podrán tener carácter positivo (cuando dos órdenes distintos se vean competentes para el conocimiento de un mismo asunto) o bien negativo (en el caso de que dos órdenes jurisdiccionales consideren que ninguno de ellos debe conocer la tramitación de un mismo tema), en cuyo caso la decisión última deberá adoptarla una Sala especial del Tribunal Supremo presidida por el Presidente y compuesta por

³ Los Juzgados de Familia fueron previstos mediante el R.D. 1322/1981, de 3 de julio, como conjunto especializado dentro de la jurisdicción civil.

⁴ Artículo 86.bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según redacción introducida por Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio.

⁵ Arts. 87 bis y ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducidos por Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre.

Magistrados, uno por cada orden jurisdiccional en conflicto y decidir qué orden jurisdiccional será el competente para el conocimiento del asunto⁶.

Por otra parte, dentro de cada orden jurisdiccional, la atribución de la competencia jurisdiccional al Órgano integrante de la jurisdicción que deberá conocer cada uno de los asuntos en concreto viene determinado, en primer término, por el art. 24.2 CE, que reconoce como derecho fundamental el derecho al Juez ordinario que viene predeterminado por la Ley. En este sentido, las leyes procesales han trazado inicialmente la distribución de la competencia jurisdiccional desde la perspectiva estructurada en los criterios objetivo (jerárquico o vertical), funcional y territorial u horizontal.

El punto de vista objetivo lleva a examinar la existencia, dentro de un determinado orden jurisdiccional, de una multiplicidad de órganos judiciales: Juzgados de Paz, de Instrucción, de Violencia contra la mujer, de Primera Instancia, Salas y Secciones de las Audiencias Provinciales y de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, diferentes Salas del Tribunal Supremo, etc. En este sentido, se hará referencia a la competencia objetiva cuando la Ley procesal correspondiente atribuya a cada uno de estos órganos el conocimiento expreso de los asuntos en primera instancia, estableciendo si un juicio verbal (orden civil) corresponde a un Juzgado de Paz, o bien a uno de Primera Instancia, un juicio de faltas es materia propia de un Juez de Paz o bien un Juzgado de Instrucción, o si el enjuiciamiento de determinados delitos se atribuye a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, o bien a algún Tribunal Superior autonómico, o bien a la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

⁶ Artículos 42 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En este sentido, es necesario también tener en consideración que hacer mención al punto de vista de la competencia objetiva obliga también a hablar de dos cuestiones importantes: por un lado, del criterio de jerarquía entre los diferentes órganos jurisdiccionales, pues si bien cada órgano es independiente a la hora de impartir justicia, lo cierto es que desde la óptica funcional, los Tribunales jerárquicamente superiores podrán revisar la función llevada a cabo por los inferiores, por medio de los recursos que las partes en cada uno de los asuntos pudieran presentar, siendo éste el punto de vista entre otros de la denominada competencia funcional, cuya base se encuentra en la capacidad de los órganos superiores de revisar las resoluciones dictadas por los inferiores a través de los distintos medios de impugnación previstos al efecto. Y, en segundo lugar, se ha de tener en consideración que las normas que establecen la competencia objetiva constituyen un conjunto de normas de carácter imperativo y de orden público, por lo que las garantías procesales que se brindan al justiciable no se podrán ver alteradas, ya que en caso contrario se podría hablar de nulidad del proceso en sí, al haberse alterado derechos irrenunciables de las partes. Cabe pensar en este caso, a modo de ejemplos, en los supuestos de que un delito al que se puede imponer una pena de más de diez años de privación de libertad no podrá nunca ser tramitado mediante el cauce del juicio de faltas, o bien que unas faltas jamás podrán ser enjuiciadas por sí solas por el Tribunal del Jurado. De igual forma, un pleito civil común, con una cuantía de veinte mil euros, no podrá tramitarse mediante el cauce del juicio verbal, ni tampoco un asunto de mil euros de cuantía podrá tramitarse como juicio ordinario.

En todos estos casos, la competencia objetiva debe ser contemplada en primer término de oficio, por parte del Juzgado o Tribunal ante el cual se tramita el asunto. Así lo determinan las leyes procesales: los artículos 254 L.E.C., el artículo 9 de la L.E.Cr., el artículo 7 de la L.J.C.A., o bien

artículo 5 de la Ley de la Jurisdicción Social. Los efectos comportarán que el derecho del interesado quedará a salvo en su ejercicio, previa audiencia de las partes y resolución motivada mediante Auto por parte del órgano judicial que plantea de oficio la cuestión. Asimismo, las partes también podrán alegar la falta de competencia objetiva del tribunal, o bien tal como ocurre en el proceso civil, determinar que el cauce procesal aplicado al asunto no es el adecuado (artículo 255 L.E.C.).

Resta, pues, hacer mención a la denominada competencia territorial de los Juzgados y Tribunales, que obligará a desdoblar la explicación en dos cuestiones: la primera, relativa a que el territorio nacional queda dividido territorialmente en torno a los pequeños Municipios, en los que encontraremos los Juzgados de Paz; la segunda división territorial la formarán los Partidos judiciales, como agrupación de Municipios establecida por criterios demo-geográficos⁷, a cuyo frente podemos encontrar los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción (de entre los cuales existirá alguno de ellos especializado en Familia y otro en violencia de género); la agrupación de los Partidos generará las demarcaciones provinciales judiciales, a cuyo frente encontramos las Audiencias Provinciales, quedando al frente de las Provincias los Juzgados de lo Mercantil, de lo Social y de lo Contencioso-Administrativo y los Juzgados de lo Penal, Juzgados de Menores y de Vigilancia Penitenciaria; alguna o algunas de ellas solas o bien agrupadas formarán las demarcaciones de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, divididos en las Salas de lo Civil y Penal, Contencioso-Administrativo y de lo Social; y, por último, todo el territorio español quedará bajo la jurisdicción común del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional (compuesta por los Juzgados Centrales de Instrucción, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y la Sala de lo Social de la Audiencia

⁷ Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial.

Nacional) y de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo.

Pues bien, a resultas de esta primera cuestión, es importante considerar que el territorio marca también cuál ha de ser el Juez/Tribunal ordinario predeterminado por la Ley, por lo que no será posible acudir a cualquier Órgano judicial, sino que obligatoriamente deberá plantearse la resolución del conflicto correspondiente ante el Juzgado o Tribunal que la ley haya investido como competente, desde un punto de vista del lugar en que el mismo radique, salvo en los supuestos en que esté regulada por norma no imperativa como en el orden civil. Tal como se ha manifestado, la competencia objetiva es una cuestión de orden público, por lo que su incumplimiento puede generar la nulidad del procedimiento, según lo dispuesto por el artículo 238.1º L.O.P.J.

Determinada la competencia territorial, cuando existan en una misma sede diferentes Tribunales de igual clase que pudieran conocer la cuestión que se plantea, la determinación última de qué órgano deberá ser el conocedor del asunto en cuestión se determinará a través de las normas de reparto⁸, de manera que no será posible que el justiciable pueda predeterminar sin más el órgano judicial concreto al que vaya a dirigir el conocimiento del asunto que plantee.

Desde el punto de vista de la competencia territorial, pueden surgir conflictos diversos, derivados de la necesidad de saber a qué órgano judicial de un determinado orden jurisdiccional, dentro del territorio español, corresponde el conocimiento de un asunto concreto. En este caso, debe responderse que en unos supuestos, el conocimiento de los asuntos corresponderá obligatoria e improrrogablemente a un determinado Órgano jurisdiccional que se ubica en un determinado lugar, ya que la ley así lo

⁸ Ad ex., arts. 68 y ss. L.E.C.

obliga. Por otra parte, podremos encontrar que en otros casos (asuntos civiles, algunos litigios en derecho de familia) podrá optarse por uno u otro órgano judicial, desde un punto de vista únicamente territorial, estableciendo la posibilidad de que las partes se sometan expresa o tácitamente a los tribunales de territorio distinto al fijado en la norma no imperativa.

El control de la competencia territorial se podrá llevar a cabo de oficio por el órgano jurisdiccional, cuando esté regulada por norma imperativa, y en todo caso a instancia de parte, a través de la declinatoria y la inhibitoria.

La declinatoria es el mecanismo que permite a una de las partes en el proceso poner de manifiesto ante el mismo órgano judicial que conoce el asunto que a su juicio carece de competencia para conocer del mismo, debiendo así indicar qué Tribunal entiende que sí debería estar conociendo el asunto. En el caso de que el Tribunal al cual se le plantea la declinatoria considere que efectivamente no le corresponde conocer el litigio, remitirá las actuaciones al Órgano competente, inhibiéndose del conocimiento del asunto y emplazando a las partes para comparecer ante el mismo en el plazo legal de diez días⁹. Cabrá también en el orden penal la figura de la inhibitoria¹⁰, figura que había sido aplicable en el enjuiciamiento civil hasta la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil vigente en la actualidad y que consiste en que en lugar de plantear el conflicto de competencia ante el Órgano que la parte considera incompetente para el conocimiento, se plantea ante el que sí se cree competente, el cual deberá requerir la inhibición del primero, si finalmente considera que tiene la capacidad legal al efecto.

⁹ Artículos 63 a 65 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹⁰ Artículo 26 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

De igual manera, en aquellos casos en que el Tribunal, por medio de su Secretario judicial, considere de oficio que carece de competencia para el conocimiento de un asunto, desde el punto de vista territorial, deberá declararse incompetente en tal sentido, inhibiéndose mediante Auto, remitiendo las actuaciones al Tribunal que sí considere competente al efecto¹¹.

En definitiva: existen diversos órdenes jurisdiccionales que llevan a la especialización en el tratamiento de los diversos asuntos que se pueden plantear a la jurisdicción; cuando surgen dudas al respecto de si es uno u otro orden el que debe tramitar la cuestión litigiosa, nace el denominado conflicto de competencia. Asimismo, desde un punto de vista jerárquico, hablaremos en primer lugar de la denominada competencia objetiva o material, que lleva a que el conocimiento de los asuntos sea atribuido, dentro de un mismo orden, a un órgano jurisdicción distinto, en función de criterios diferentes, como el de la cuantía (orden civil) o el objeto de enjuiciamientos (delitos graves, o bien simples faltas). Desde el punto de vista funcional, hablaremos de las diferencias existentes entre los diferentes Órganos jurisdiccionales a nivel jerárquico, en función de qué Órganos tienen atribuido el enjuiciamiento de los asuntos y qué otros tienen atribuida la eventual revisión de la labor de los Órganos inferiores, conforme al sistema de recursos, del cual podrán hacer uso las partes en los distintos asuntos, conforme a lo previsto en la ley. Al igual que sucede con el tratamiento de la competencia objetiva, las normas reguladoras de la competencia funcional constituyen un conjunto normativo de carácter imperativo e indisponible para las partes, por lo que en unos casos, puede verse como la ley dispone, sin más, la inadmisión de la interposición de un

¹¹ Artículos 58 de la L.E.C.

recurso (artículo 62.1 L.E.C., por ejemplo). Ha de ponerse de manifiesto que las normas de competencia funcional son, como sucede con las de competencia objetiva, normas imperativas o de orden público y, por lo tanto, deberá ser el tribunal al cual se plantea el conocimiento del recurso en cuestión quien declare su incompetencia para la tramitación, inadmitiendo sin más el trámite. Por ello, en caso de no darse un adecuado control de oficio del tema, no cabrá recurso alguno, sino que el control de la cuestión por las partes en el asunto deberá efectuarse planteando sin más un incidente de nulidad de actuaciones (artículo 228. L.E.C), al tratarse de un acto procesal nulo de pleno derecho (artículo 238.1º L.O.P.J.).

Por último, una vez visto el criterio de la competencia horizontal o territorial, derivada de que cada orden jurisdiccional tendrá uno o más Órganos de una misma clase en una misma demarcación territorial y a la vez existirán otros Órganos de igual clase en otras demarcaciones diferentes, es necesario no perder de vista que los diferentes litigios que se planteen ante la Jurisdicción se verán sometidos a las llamadas normas de reparto de asuntos para determinar cuál es el órgano jurisdiccional al que deberá atribuirse el conocimiento del tema, dentro de la multiplicidad de órganos iguales que se puede plantear en una misma demarcación territorial.

3.-IGUALDAD DE GÉNERO Y ÓRDENES JURISDICCIONALES.

En el presente apartado se tratará de especificar desde un punto de vista casuístico las diferentes posibilidades de defensa de la cuestión de género desde cada ámbito de la competencia de los distintos órdenes de la

jurisdicción, apuntando en este caso las posibles cuestiones de competencia que pueden surgir, con especial hincapié en cuestiones de familia y violencia de género, examinando cada uno de los Órdenes jurisdiccionales que se ven implicados en la materia.

3.1. ÁMBITO CIVIL.

En apariencia y a juicio de una gran mayoría de juristas, el orden civil no contempla ni tiene previsiones propias para la defensa directa de la cuestión de género. No obstante, si se elabora una reflexión mínima al respecto, se descubre precisamente lo contrario, pues desde el proceso civil existen respuestas que sí pueden aportar soluciones a cuestiones particulares que se plantean en torno a la cuestión de género y a la defensa de la igualdad entre mujeres y hombres, en los ámbitos civil ordinario, de familia y mercantil.

A) *Ámbito civil ordinario*

En primer lugar, dentro del orden civil existen los Juzgados de Primera Instancia, con su correspondiente jerarquía procesal que obliga a contemplar las Audiencias Provinciales, como Tribunales superiores inmediatos, los Tribunales Superiores de Justicia y la Sala Primera o de lo Civil del Tribunal Supremo, encargándose respectivamente de las fases declarativa, segunda instancia o apelación y de conocer los recursos por infracción procesal o casación por infracción de normas civiles autonómicas, o bien normas civiles comunes, respectivamente.

Los Juzgados de Primera Instancia pueden tener un claro cometido a nivel procesal civil en la defensa de la igualdad de género, que puede

traducirse, por ejemplo, en los procesos que se derivan con carácter sumario de la defensa de los derechos al honor, intimidad y propia imagen¹², o bien al derecho de rectificación. A través de ambos procedimientos que legalmente se configuran a través de sendas leyes orgánicas, al regular derechos fundamentales¹³, la igualdad de género puede tener cubierta su protección, en aquellos casos en que a través de medios de comunicación se divulguen o difundan informaciones que puedan ser inexactos y cuya divulgación pueda causar perjuicio a la actora en el proceso judicial. En este caso se está haciendo referencia al derecho de rectificación, que no sólo puede ejercitar una persona física, sino también jurídica.

Desde la óptica del derecho de rectificación, cabe advertir que la legitimación activa podrá tenerla tanto la persona física que se considere perjudicada por la información difundida que le perjudique, o bien la entidad que pueda considerar que los intereses que defiende también puedan considerarse vulnerados, a tenor de lo que dispone el artículo 11 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁴. El proceso en este caso, previo

¹² Estos procedimientos se tramitarán, según dispone el artículo 249.2 L.E.C. por el cauce del juicio ordinario (arts. 399 a 436 L.E.C.), debiendo ser parte obligatoriamente el Ministerio Fiscal.

¹³ Ambos procedimientos quedan previstos por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y por la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación.

¹⁴ Artículo 11 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres: 1. Para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres, además de los afectados y siempre con su autorización, estarán también legitimados los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados, respectivamente.

2. Cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres, sin perjuicio, si los afectados estuvieran determinados, de su propia legitimación procesal.

requerimiento a quien haya difundido la información perjudicial a fin de que se vea rectificada la información y desatención del mismo por el emisor de la misma en el plazo de tres días (arts. 2 y 3 L.O. 2/1984), supondrá que se podrá presentar demanda sucinta de juicio verbal ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la entidad demandada, en el plazo de siete días posteriores (art. 4 L.O. 2/1984). A raíz de dicha demanda, se convocará a las partes a la celebración de juicio verbal, conforme a las reglas que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus artículos 437 y siguientes, dictándose sentencia cuyo fallo se limitará a denegar la rectificación o a ordenar su publicación o difusión en la forma y plazos previstos para el supuesto de cumplimiento voluntario a raíz del previo requerimiento extrajudicial, contados desde la notificación de la sentencia que impondrá el pago de las costas a la parte cuyos pedimentos hubiesen sido totalmente rechazados (artículo 6 de la L.O. 2/1984). Esta sentencia no será apelable, ni tampoco cabrá recurso alguno contra la misma (artículo 8 de la L.O. 2/1984), sin perjuicio de que pudiera llegar a plantearse el correspondiente incidente de nulidad que viene establecido por los artículos 227 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

B) Ámbito de los Juzgados de Familia.

Tal como se avanzó anteriormente, encontramos también en el orden civil los Juzgados de Familia, que son Órganos especializados y concebidos por medio del Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, por el que se crean los Juzgados de Familia, que a su vez tiene su origen en la previsión de la Ley 11/1981 de 13 de mayo, que modifica el Código Civil en materia de filiación patria potestad y régimen económico del matrimonio y que

3. La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo.

obligaba al Gobierno, en el plazo de seis meses, a crear y poner en funcionamiento el número de Juzgados de Primera Instancia necesarios, en las capitales en que se hallase separada la jurisdicción civil de la penal, que por su población y número de actuaciones relativas al Derecho de Familia lo requieran. Inicialmente, los Partidos judiciales que contaron con Juzgados de Familia lo fueron únicamente las capitales de provincia, si bien en la actualidad todo Partido judicial tiene uno de sus Juzgados (bien sea de Primera Instancia, o bien de Primera Instancia e Instrucción) que tienen encomendada la función especial de asuntos de familia y capacidad de las personas.

Los procesos de familia y capacidad de las personas son considerados por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, procesos especiales, que si bien se ven ajustados a las reglas generales del juicio verbal (artículos 753 y 433 y ss. L.E.C.), se prevén una serie de particularidades, como por ejemplo la indisponibilidad del objeto del proceso (artículo 751 L.E.C.), la preceptiva intervención del Ministerio fiscal en los supuestos de que se deban adoptar medidas concernientes a menores, se esté ventilando un proceso de capacidad de las personas, o bien se trate de un proceso de eficacia civil de resoluciones canónicas (artículos 749, 757.2 y 778 L.E.C.).

Si bien puede parecer que estos procesos poco tengan que ver con la defensa de la igualdad de género, lo cierto es que es difícil encontrar otro tipo de procesos civiles en que se ponga tan de manifiesto la confrontación entre mujeres y hombres, así como el papel que a través de las sentencias dictadas se puede acabar atribuyendo a unas u otros, en el ámbito familiar, generando con ello la igualdad/desigualdad de género en el seno de las familias, con posterioridad a la conclusión de un proceso de esta índole. Se trata, en efecto, de una cuestión que va mucho más allá del propio proceso

judicial, obligando a observar el fondo del asunto y la solución que para cada caso se brinda a través de los Órganos judiciales de familia. En tal sentido, únicamente se pretende dejar constancia de ello, pues no se trata en este caso de llevar a cabo un análisis sobre el fondo de los asuntos y de hacer propuestas correctas o adecuadas al efecto, sino de advertir los cauces procesales que pueden ser útiles a los efectos de construir una defensa de la igualdad de género en las relaciones personales.

Asimismo, es también importante resaltar en este momento como mero apunte que el camino de los Juzgados de Familia se ve entrecruzado con la actuación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, a los que se ve atribuida la competencia objetiva en la tramitación de los procesos de familia ante los supuestos en que entre las dos personas que forman una relación de pareja (matrimonial o de hecho) surjan episodios de violencia que con simultaneidad a la tramitación del proceso penal, lleven también a la tramitación de un proceso de separación, divorcio o de establecimiento de medidas concernientes a hijos menores. Esta cuestión se verá tratada en un apartado propio del presente estudio, ya que de la misma surgen diversos problemas relativos a la competencia judicial, tanto a nivel objetivo, como a nivel territorial.

C) Ámbito de los Juzgados de lo Mercantil.

La aprobación de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, añadía un nuevo artículo 86 bis a la Ley Orgánica del Poder Judicial, suponiendo un cambio radical en el régimen jurídico de los tratamientos de fondo y procesal de las situaciones de insolvencia de personas físicas y jurídicas que comportó la creación de los Juzgados de lo Mercantil, especializados en la tramitación de los concursos de acreedores

que en lo sucesivo irían tramitándose, así como de otros litigios de carácter mercantil (publicidad, competencia, marcas, etc.) que se veían con ello sustraídos al ámbito competencial que hasta aquel momento habían tenido los Juzgados de Primera Instancia.

En este sentido, puede sorprender que se trate en un estudio como éste la figura de los Juzgados de lo Mercantil en el ámbito de protección de la cuestión de género. Sin embargo, es necesario recordar que precisamente por las materias cuyo conocimiento les viene atribuido, los Jueces de lo Mercantil, que en apariencia sólo resolverán litigios ajenos a la cuestión, pueden tener mucho que decir respecto de la igualdad de género en las relaciones empresariales y en el tráfico mercantil.

Es necesario partir de dos ideas básicas: en primer lugar, que una gran mayoría de las empresas cuentan con un compromiso que puede entenderse que trasciende el terreno de las buenas intenciones, suponiendo para el empresario una obligación asumida voluntariamente, a través de la propia autonomía de la voluntad, consagrada en el art. 1.255 CC. En este caso, se está haciendo referencia a la denominada responsabilidad social corporativa, que entraña la asunción de un buen número de compromisos por la empresa, que no sólo suponen una carga obligacional añadida a la legalmente establecida en materias de medio ambiente, o bien por el respeto por los derechos fundamentales, sino que llegan a autoasumirse detalles al respecto que pueden convertir a la empresa en cuestión en un entorno que asume más obligaciones que las aparentemente básicas en el ordenamiento jurídico aplicable. En segundo lugar, la empresa tiene acotada su función a través de un conjunto de derechos fundamentales que se transforman en obligaciones para la entidad: los derechos a la vida, la integridad física y moral de la persona, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, etc. Se trata, en definitiva, de reglas básicas que llevarán a la empresa a saber

cuáles son sus límites en su actuación, no ya desde la asunción voluntaria que supone la ya referida responsabilidad social corporativa, sino que se hará ahora referencia a una cuestión mucho más amplia, que parte del mismo orden jurídico en su conjunto y de la Constitución Española en particular.

Pues bien, a modo de ejemplo y sin ánimo de establecer una casuística exhaustiva, pueden mencionarse aquí las acciones derivadas del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en cuyos artículos 53 a 55 establecen el ejercicio de las acciones de cesación, consistentes en que a raíz del litigio judicial iniciado, se pueda obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a los intereses de los consumidores y usuarios y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.

En el presente caso, es evidente que a través de las relaciones mercantiles entre empresas y consumidores pueden surgir actitudes que resulten sexistas, a través de la contratación con las personas consumidoras, o bien a través de acciones que se deriven del tráfico mercantil. En este caso, la demanda que pudiera interponerse en ejercicio de la acción de cesación, en la forma que corresponda, no sólo supondrá la necesidad de que por parte del Tribunal mercantil deba tenerse en cuenta la vulneración de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, sino también el propio conjunto de derechos fundamentales que vienen reconocidos constitucionalmente a la ciudadanía y también, en el caso de que la empresa en cuestión así lo tenga convenido, el compromiso de

responsabilidad social corporativa que pudiera haber suscrito para consigo misma y también para con las personas (consumidoras o proveedoras) con que pudiera tener contacto.

Salvo casos excepcionales, el procedimiento en este caso deberá verse a través del cauce del juicio ordinario (artículos 399 y siguientes de la L.E.C), atribuyéndose la legitimación activa en este supuesto al Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios, a las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en esta norma o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios, al Ministerio Fiscal y a las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Tal como puede verse, en estos casos la persona interesada carecerá de legitimación para poder iniciar la acción, por lo que su propio interés deberá incardinarse en el interés que expresen las entidades de consumidores u organismos públicos mencionados, o bien contar con la asistencia del Ministerio fiscal, como parte legitimada en el ejercicio de estas acciones.

Al hilo de lo anterior, debe ponerse un segundo ejemplo que tomará su raíz en este caso de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia ilícita y desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

Este texto legal establece las categorías de publicidad ilícita y subliminal, dejando bien claro en su primer apartado que a todos los efectos

será ilícita la publicidad en que se presente a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Debe advertirse que esta previsión relativa a la protección de la cuestión de género que se incluye en la legislación relativa a la publicidad en España ya vino incluida en la anterior Ley 34/1998, General de Publicidad, que queda sustituida por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, antes mencionada, que simplemente reproduce la modificación que la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género llevó a cabo en su Disposición Adicional Sexta.

En este sentido, las acciones que se pudieran emprender contra los anunciantes se deberán plantear también ante los Juzgados de lo Mercantil, de forma y manera que a través de la remisión que lleva a cabo la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, podrán ejercitarse ante actos publicitarios ilícitos las acciones previstas por el art. 32 de esta Ley, basadas en las acciones declarativa de deslealtad, de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura (cabiendo la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica), la acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal, la acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas, la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido

dolo o culpa del agente, la acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico. En este segundo ejemplo, puede comprobarse como la legitimación activa se ve ampliada en este caso a cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal, por lo que no ocurre en este segundo supuesto lo ya visto en las acciones de cesación, cuando la legitimación activa queda vedada precisamente al perjudicado, salvo que actúe a través del Ministerio Fiscal, o bien mediante una asociación de consumidores o usuarios (art. 33 de la Ley 3/1991, de Competencia desleal).

En definitiva, tal como se ha podido ejemplificar de forma sucinta y aunque pueda parecer lo contrario, la jurisdicción mercantil tiene bastante que decir en torno a la igualdad de género, siempre que se vayan planteando las diversas cuestiones ante estos Órganos judiciales a los que, por otra parte y a tenor de las restricciones que suponen el hecho de que la persona interesada no pueda accionar directamente en todos los supuestos, hace que en muchas ocasiones posiblemente no llegue a poder existir pronunciamiento al efecto, cuando una mujer que pueda ser víctima de discriminación por razón de género no pueda plantear la cuestión directamente como usuaria o consumidora, sino que para defender su derecho deba recurrir a una asociación de consumidores, o bien al Ministerio fiscal.

3.2. ÁMBITO PENAL: Especialidades que se plantean en torno a este ámbito; análisis de diversas cuestiones técnicas.

La jurisdicción penal tiene como claros cometidos el enjuiciamiento de las faltas, la instrucción de las causas por delitos (por medio de los Juzgados de Instrucción y en casos especiales por los Tribunales Superiores de Justicia o bien por parte del Tribunal Supremo), así como el enjuiciamiento de éstos, por medio de los Juzgados de lo Penal, las Audiencias Provinciales, el Tribunal del Jurado, la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, o bien la Sala Segunda (de lo Penal) del Tribunal Supremo. A los efectos que aquí interesan es necesario tener presente que por medio de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (L.O.M.P.I.V.M.) se introdujeron en el organigrama de la jurisdicción penal los denominados Juzgados de Violencia sobre la Mujer, a través de la introducción de un nuevo artículo 87 bis en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establecía la existencia de los mismos. La norma abarca de una forma integral la cuestión de género, *tanto los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones, así como el principio de subsidiariedad en las Administraciones Públicas. Igualmente se aborda con decisión la respuesta punitiva que deben recibir todas las manifestaciones de violencia que esta Ley regula.*

Su raíz se encuentra en la voluntad del Legislador de *atender a las recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres. Al respecto se puede citar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer de 1979; la Declaración*

de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia sobre la mujer, proclamada en diciembre de 1993 por la Asamblea General; las Resoluciones de la última Cumbre Internacional sobre la Mujer celebrada en Pekín en septiembre de 1995; la Resolución WHA49.25 de la Asamblea Mundial de la Salud declarando la violencia como problema prioritario de salud pública proclamada en 1996 por la OMS; el informe del Parlamento Europeo de julio de 1997; la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1997; y la Declaración de 1999 como Año Europeo de Lucha Contra la Violencia de Género, entre otros. Muy recientemente, la Decisión nº 803/2004/CE del Parlamento Europeo, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne II), ha fijado la posición y estrategia de los representantes de la ciudadanía de la Unión al respecto.¹⁵

La organización territorial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer lleva a que éstos deban existir en cada Partido judicial, sin perjuicio de que pudieran crearse Órganos de esta naturaleza para dos o más Partidos ubicados dentro de una misma Provincia.

Estos Juzgados tienen una función mixta civil (familia) y penal, al igual que ya venía sucediendo con los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, si bien en este caso las materias que tratarán los Juzgados de Violencia sobre la Mujer estarán mucho más delimitados y especializados, estableciéndose sus competencias por separado de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, en el actual artículo 87 ter de la Ley Orgánica

¹⁵ Exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

6/1985, del Poder Judicial, según redacción brindada por el artículo 44 de la L.O.M.P.I.V.M. Así, en el ámbito penal, conocerán:

a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior.

c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.

d) Del conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los títulos I y II del libro III del Código Penal, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a de este apartado.

A su vez, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán en el orden civil, por conexión con los posibles temas penales que estuviera conociendo, los siguientes asuntos:

- a) Los de filiación, maternidad y paternidad.
- b) Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio.
- c) Los que versen sobre relaciones paterno filiales.
- d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.
- e) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores.
- f) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.
- g) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

Y, de manera exclusiva y excluyente tendrán también competencia en el orden civil cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas entre las que se acaban de enunciar.

b) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género citados en primer término, de forma que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género, o bien que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género. Sólo en el caso de que por parte del Juzgado de Violencia sobre la Mujer se apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión y remitirla al órgano judicial competente.

En materia de recursos contra las resoluciones dictadas en los procesos por violencia sobre la mujer, en aquellos casos en que el recurso tenga efecto devolutivo, el mismo deberá ser tramitado por la correspondiente Audiencia Provincial, habiéndose establecido por la L.O.M.P.I.V.M., al igual que sucede en el caso de quienes sean titulares de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, que las Audiencias Provinciales deban tener Secciones formadas y especializadas en la materia, a las cuales se dirija el conocimiento de estos recursos.

La finalidad de estos Órganos judiciales se encuentra en la erradicación de la violencia sobre la mujer. En este sentido, se hace referencia tanto a la violencia física, sexual o bien de carácter psicológica. La violencia física pretenderá el menoscabo físico de la integridad física de la mujer, con un resultado lesivo, o bien existiendo el riesgo de que pudiera producirse. La violencia sexual partiría de la imposición de una conducta sexual a una mujer por parte de quien es o ha sido su pareja, sin mediar el consentimiento de la misma. Y la violencia psíquica viene definida por la Circular de la Fiscalía como *toda conducta que produzca en la víctima*

*desvalorización o sufrimiento, sea a través de insultos, amenazas, control, aislamiento, anulación, humillaciones o vejaciones, limitación de la libertad, exigencia de obediencia o sumisión, así como aquellas manifestaciones de la violencia contra la mujer que, en algunas clasificaciones son objeto de conceptualización autónoma, tales como las llamadas violencia económica –entendida como abuso económico o la privación o discriminación intencionada y no justificada de recursos- o espiritual, comprensiva de aquellas conductas dirigidas a obligar a aceptar un sistema de creencias cultural o religioso determinado o destruir las creencias del otro*¹⁶. Estos tipos de violencia, solos o bien conjuntamente, podrán basar una acusación por violencia de género, si bien el gran problema que encontrará la acusación estribará en que pueda demostrar con cierta facilidad la existencia de una violencia física o sexual, pero el gran problema probatorio aparecerá en el momento en que se invoque violencia psicológica, ya que la prueba de la misma deberá aportar indicios sólidos desde el inicio del proceso, ya que de lo contrario el resultado del mismo a buen seguro concluya con el sobreseimiento y archivo.

En definitiva, el legislador aglutina en torno a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer toda cuestión litigiosa que pudiera girar alrededor de un proceso penal en el que se esté dilucidando una cuestión de violencia de género, concentrando en su ámbito objetivo el conocimiento de los asuntos penales derivados, pero también civiles que pudieran derivarse, centrándose en los asuntos relativos a procesos de familia, menores y estado civil de las personas, tal como se puede comprobar. Y es, precisamente, en torno a esta asunción total de las relaciones procesales entre agresor y agredida, donde en la práctica surgen más problemas prácticos a la hora en

¹⁶ Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de aplicación de la L.O.M.P.I.V.M.

que se suscitan conflictos de competencia entre Órganos jurisdiccionales civiles y penales.

Llegados a este punto, tan sólo se van a apuntar las posibilidades de conflicto competencial entre Órdenes jurisdiccionales, que en esencia se derivan de dos cuestiones: por un lado, el hecho meramente cronológico basado en valorar qué proceso (el civil o bien el penal) ha comenzado primero. Y en segundo lugar, lo relativo a cuál es el objeto concreto de enjuiciamiento. Así, podemos encontrar:

1.- Que se inicie primero un proceso de familia o menores y con posterioridad se produzca un acto de violencia de género que motive el inicio de un proceso de violencia de género.

2.- Que se inicie un proceso penal por violencia de género y posteriormente, uno civil, derivado del primero.

3.- Que se inicien simultáneamente dos procesos: uno por violencia de género y otro civil de familia, o bien de menores o de estado civil.

Dada la pretensión de la L.O.M.P.I.V.M. de establecer un sistema propio y especial con que ofrecer una solución a la violencia de género, la Ley obvia las soluciones que ha brindado en todo momento la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto del planteamiento de conflictos de competencia que pudieran surgir. Como puede verse, a través de la L.O.M.P.I.V.M. se ven entrelazadas originaria o sobrevenidamente procesos penales y/o civiles. Y por eso mismo, desde la propia L.O.M.P.I.V.M. se ofrecen soluciones que quedan al margen de las habituales de la L.E.Cr. En primer lugar, el artículo 57 de la L.O.M.P.I.V.M. disipa todo posible conflicto de jurisdicción, para aquellos casos en que

podrían surgir dudas de si un proceso debe tramitarlo un Juzgado de Violencia sobre la Mujer, o bien un Juzgado de Familia. En tal sentido, la redacción dada por la L.O.M.P.I.V.M. al artículo 49 bis L.E.C., es concluyente al respecto, generando una evidente “vis atractiva” de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, respecto de los Juzgados de Familia, quedando esto bien patente en el apartado quinto del precepto.

El artículo 49 bis L.E.C. plantea tres posibles salidas diferentes en estos casos. Éstas son:

A) Casos en que un Juzgado de Primera Instancia está conociendo un asunto civil entre las partes y, con posterioridad se produce un acto de violencia de género que provoca la existencia de un proceso de violencia de género ya en curso: en estos casos, el Juez de Primera Instancia tiene el deber de remitir las actuaciones al Juzgado de Violencia sobre la Mujer que esté tramitando el proceso penal, previa comprobación de la existencia de estas actuaciones penales (artículo 49 bis.1 y 4 L.E.C.)

B) Supuestos en que un Juzgado de Primera Instancia está conociendo un asunto civil entre las partes y, con posterioridad al inicio de este proceso, tiene conocimiento de que se ha producido un acto de violencia de género que aún no ha dado lugar a la iniciación de un proceso de violencia de género: en este supuesto, el Juez de Primera Instancia convocará a las partes a una comparecencia urgente, que se celebrará en las siguientes veinticuatro horas, a la que deberá asistir el Ministerio fiscal, quien decidirá si procede o no interponer denuncia de los hechos en concreto, ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. En caso de formular denuncia de los hechos, el Ministerio fiscal deberá aportar copia de la misma al Juzgado de Primera Instancia que le informó de los hechos, el cual

deberá remitir las actuaciones al Juzgado de Violencia sobre la Mujer que conozca de dicha denuncia (artículo 49 bis 2 y 4 L.E.C.)

C) Casos en que un Juzgado de Violencia sobre la Mujer está ya tramitando un proceso penal por violencia de género y tiene conocimiento de la existencia de un proceso civil paralelo que quede incluido en los supuestos de su competencia por conexión (artículo 87 ter.2 L.O.P.J.): ante estos supuestos, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer deberá requerir de inhibición al Juzgado de Primera Instancia, acreditando la existencia de las diligencias penales por delito o falta, remitiendo testimonio del Auto de incoación de las correspondientes diligencia previas, juicio de faltas o bien orden de protección acordada. En este caso, el Juzgado de Primera Instancia deberá inhibirse por ministerio de la Ley y remitir las actuaciones civiles al Órgano requirente.

Un aspecto en que la L.O.M.P.I.V.M. también da un conjunto de soluciones muy directas a la hora de zanjar la existencia de posibles cuestiones de competencia en materia de competencia territorial. Así, desde la entrada en vigor de la L.O.M.P.I.V.M. el actual artículo 15 L.E.Cr., introducido en virtud del artículo 59 L.O.M.P.I.V.M., se opera un cambio singular en el criterio de determinación de la competencia territorial penal, ya que *En el caso de que se trate de algunos de los delitos o faltas cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer, la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima, sin perjuicio de la adopción de la orden de protección, o de medidas urgentes* que en su caso sí se atribuyen al Juez del lugar de comisión de los hechos, manteniéndose en tal caso lo dispuesto por la norma de competencia horizontal general.

Esta atribución de competencia ajustada al lugar de domicilio de la víctima se debe entender desde la óptica de aquellas situaciones en que una mujer víctima de violencia de género abandona su lugar habitual de residencia, tras los hechos, yendo a residir en un municipio diferente, que puede también suponer que este traslado comporte hablar de un Partido judicial distinto. Evidentemente, si se produjesen diversos cambios de domicilio posteriores a distintos partidos judiciales, esto comportaría que el proceso podría verse alterado a través de la pérdida de competencia sucesiva, por parte de los distintos Órganos judiciales de los lugares de residencia de la víctima. Todo ello conllevaría dilaciones y retrasos en la tramitación que claramente irían en detrimento de la tutela judicial efectiva tanto de la víctima, como también del imputado. A tal efecto, la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005 y la práctica inmediata a la entrada en vigor de la L.O.M.P.I.V.M. plantearon diversas dudas al respecto de cuál debía ser el contenido del concepto de domicilio de la víctima, generándose dudas relativas a si se estaba haciendo referencia al lugar de residencia de la víctima, el lugar en que la víctima desarrollaba su vida diaria, o bien el lugar en que los hechos se habían producido. A este respecto la cuestión se ha visto zanjada mediante la decisión del pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2006, en el sentido de que por domicilio de la víctima se entenderá el que tenía al producirse los hechos punibles, no haciendo depender la cuestión de los posteriores cambios de domicilio de la víctima. Este punto de vista garantiza que no se verá alterada la competencia del Órgano judicial, cada vez que eventualmente pudiera cambiar de domicilio la víctima. Ahora bien: es discutible que el legislador pretendiese algo así, pues cabe entender que la intención legislativa pasaba por favorecer y facilitar la tarea a la víctima, frente a su agresor.

Asimismo, es necesario recordar que la violencia contra la mujer se incardina en el ámbito de la justicia penal. Esto supone que el sujeto activo del delito cuenta con una serie de garantías procesales que no serán propias de las personas demandadas en los ámbitos civil, contencioso-administrativo o bien social, sino que la carga de la prueba y las particularidades de su práctica deberán ser tomadas en consideración en todo momento de una forma concreta y con un especial cuidado. Por ello es necesario advertir que los hechos que deberán ser enjuiciados (o, en su caso, instruidos) dentro del marco de actuación penal de los Juzgados de Violencia contra la Mujer no podrán ser ajenos a las garantías con que todo imputado cuenta y al mismo tiempo no podrá olvidarse que se trata de hechos que no ocurren por lo general ante una multiplicidad de testigos, ni ante un fedatario público, por lo que la dificultad probatoria será evidente para la acusación.

En este sentido, no puede obviarse que la práctica forense de los últimos veinte años en España da muestras claras de esta dificultad a que se ha hecho alusión: ha sido un continuo y muy habitual ver como muchísimas mujeres denunciaban a sus maridos como consecuencia de malos tratos, para súbitamente renunciar al ejercicio de la acción penal, muchas veces convencidas incluso por algún elemento de la cadena administrativo penal (agentes de policía, personal judicial, etc.) con el pretexto de que si se denunciaba, el *día después* sería peor, porque la denunciante iba a tener a su agresor en su casa de inmediato y su reacción aún sería más grave que la acaecida en la agresión motivadora de la denuncia. Por ello y dada la experiencia anterior a la entrada en vigor de la L.O.M.P.I.V.M., en la Primera Reunión de Fiscales encargados de Servicios de Violencia Familiar pusieron de relieve la importancia y lo esencial de la existencia de indicios probatorios que pudieran constituir prueba de cargo bastante para obtener la condena del imputado, de forma que resultaba básico tener en cuenta los posibles reconocimientos parciales de los hechos (en sede policial o

judicial) por parte del imputado; la testifical de las personas menores que pudieran residir con las partes o pudieran haber estado presentes en los hechos, siempre bajo la supervisión técnica de trabajador social, psicólogo, etc.; la testifical de personas que percibieron algún detalle de la agresión (ruidos, rotura de enseres, gritos, etc.); la existencia de fotografías que pudieran apoyar una prueba pericial (médico forense, o bien de valoración de eventuales daños en las cosas, etc.); y en último lugar, la prueba documental basada en la existencia de denuncias anteriores, tanto si dieron lugar a procesos judiciales que estuvieran o no archivados.

Dentro del análisis de los medios de prueba que serán útiles en un proceso iniciado por causa de violencia de género, deben plantearse diversas cuestiones que establecen dificultades técnicas evidentes, habida cuenta de la complicación de conjugar diversas previsiones que la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal había venido estableciendo con las exigencias que la L.O.M.P.I.V.M. ha venido a generar en nuestro sistema legal. De todo ello cabría plantearse tres cuestiones importantes: la primera, relativa a la aplicación del artículo 416 L.E.Cr. en un proceso de violencia contra la mujer y el valor que debe darse a las declaraciones de la víctima del delito. En segundo lugar, el juicio de credibilidad de la/s declaración/es de la víctima. Y, por último, el valor de la prueba preconstituida en estos procesos.

A) La aplicación del artículo 416 L.E.Cr. en un proceso de violencia contra la mujer: valor de las declaraciones de la víctima del delito.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone en su artículo 259 que *El que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de Paz, Comarcal o Municipal, o Funcionario fiscal más*

próximo al sitio en que se hallare, bajo la multa de 25 a 250 pesetas. Este derecho-deber ciudadano plantea una serie de excepciones que, respecto de los procesos de violencia de género, obligan a contemplar lo prevenido por el artículo 261.1 LECr, cuando se establece que queda eximido de denunciar quien sea cónyuge del delincuente.

En un proceso tramitado por violencia de género, la víctima se encuentra en la órbita de la excepción que se ha planteado, dado que es cónyuge o pareja sentimental de quien es autor de los hechos. Por tanto, es simultáneamente víctima del delito y, por todo ello, testigo de los hechos.

Como consecuencia del artículo 261.1 L.E.Cr., resultará que la mujer víctima del delito no estará obligada a denunciar a su agresor (esposo a pareja sentimental), siendo aplicable en este caso la excepción anterior a la L.O.M.P.I.V.M., al no haberse establecido lo contrario en la misma. Ahora bien: entra en juego lo dispuesto por el artículo 416 L.E.Cr., que dispensa de la obligación de declarar a: *1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261. Asimismo, el Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia.*

A tal efecto, si alguno de los testigos se encontrase en las relaciones indicadas en los párrafos precedentes con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido.

Se establecen por lo tanto dispensas de la obligación de declarar a quien sea cónyuge del imputado o bien se halle unido a éste por una relación de pareja de hecho. Cabrá por tanto preguntarse si esta dispensa de la obligación de no declarar contra el cónyuge o pareja sentimental imputado se mantiene en los procesos seguidos por violencia contra la mujer, o no.

A este respecto, debe partirse de que un delito de violencia de género es un delito público, por lo que es posible que el procedimiento se vea iniciado por mecanismos ajenos a la víctima (el traslado de un parte de lesiones hospitalario al Juzgado de Guardia, la denuncia de una persona vecina de la víctima, etc.). En todo caso, se vea iniciado el procedimiento o no por la denuncia de la propia víctima, ésta tendrá obligación de comparecer ante la Autoridad judicial, tanto en fase instructora, como para la celebración de vista oral, por ministerio legal, tal como dispone literalmente el artículo 410 L.E.Cr.: *Todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley.*

Seguidamente, la propia L.E.Cr. establece sanciones para quien, una vez llamado, no comparezca al llamamiento judicial o bien se niegue a declarar, en su artículo 420: *El que sin estar impedido no concurriere al primer llamamiento judicial, excepto las personas mencionadas en el artículo 412, o se resistiere a declarar lo que supiese acerca de los hechos sobre que fuere preguntado, a no estar comprendido en las exenciones de los artículos anteriores, incurrirá en la multa de 200 a 5.000 euros, y si persistiere en su resistencia será conducido en el primer caso a la presencia*

del Juez instructor por los agentes de la autoridad, y perseguido por el delito de obstrucción a la justicia tipificado en el artículo 463.1 del Código Penal, y en el segundo caso será también perseguido por el de desobediencia grave a la autoridad. Igualmente, si bien esta situación puede también ser constitutiva de un delito contra la Administración de justicia –artículos 463 y 464 del Código penal-), la víctima podrá no declarar y guardar silencio en su declaración, viéndose amparada su actitud por los artículos 416 y 418 L.E.Cr.

De lo anterior cabrá por tanto cuestionarse cuál ha de ser el valor que se atribuya a cuantas declaraciones o intervenciones haya tenido la víctima en el proceso, hasta el momento de ser llamada ante la Autoridad judicial: la víctima podrá haber denunciado e incluso declarado en dependencias policiales, pero deberá plantearse en este caso cuál es el valor que tendrá en el proceso la ya citada intervención anterior de la víctima.

En primer lugar, debe tenerse en consideración la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que impide la utilización de las declaraciones de la víctima prestadas en fase instructora o bien en fase policial¹⁷, salvo por razones de urgencia y de imposibilidad de práctica posterior. Asimismo, se exige que estas declaraciones previas hayan sido prestadas conforme a dos requisitos adicionales: primero, que se hayan observado en la práctica de las diligencias todas y cada una de las normas procesales, como por ejemplo, que se haya advertido a la víctima expresamente del contenido de los artículos 416, 261, 410 y 707 L.E.Cr., antes comentados. Y en segundo lugar, que aunque sea de manera genérica, el contenido de estas declaraciones se hubieran introducido en el acto de juicio, de manera que las

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1993, Sala Segunda, de 1 de marzo de 1993; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de abril de 2006 y Sentencias del Tribunal Supremo, de 6 de abril de 2001 y de 6 de abril de 2007

partes hubieran tenido la oportunidad de interrogar sobre el contenido de las declaraciones anteriores, siendo incluso imposible sustituir el carácter básico de las declaraciones del testigo directo (la víctima) por la de testigos indirectos, siempre y cuando el testigo directo hubiera sido llamado a juicio conforme al artículo 710 L.E.Cr. y, una vez personada, se negase a declarar.

No obstante lo anterior, también es cierto que determinadas Audiencias Provinciales consideran que en el supuesto de no poder basar la prueba de cargo en la declaración inicialmente prestada ante Órganos policiales supondría desvirtuar o manipular la dispensa del artículo 416 L.E.Cr. in fine¹⁸, dado que la interposición de denuncia por parte de la víctima en que media expresamente la advertencia de la dispensa legal citada comporta una clara renuncia a este derecho por parte de la víctima. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de 16 de febrero de 2005, ante el hecho de que *fue la mujer lesionada la que dio aviso a la Policía, la que les estaba esperando en el portal y la que les relató de forma voluntaria la agresión sufrida* llevó a que *su presencia en el juzgado instructor no se hizo sólo como testigo de unos hechos sino básicamente como víctima del delito, por lo que la manifestación de la posibilidad del art. 416 LECr. no era un requisito preciso de validez*. En resumen: el hecho de denunciar voluntaria y conscientemente al agresor supone la renuncia al derecho de denunciar hechos delictivos, por lo que tratándose de un delito de carácter público, el Tribunal sentenciador deberá ver introducidas estas declaraciones en el proceso y, para poder concluir con una condena, deberá apoyarla en otros medios de prueba indirectos o indiciarios que pudieran existir en el proceso, bien ante la negación por parte de la víctima de los hechos denunciados (con lo que el Tribunal o el Ministerio Fiscal pueden interesar la deducción de testimonio de

¹⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 24 de mayo de 2006, Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2003 y 27 de octubre de 2004 y Sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, de 12 de abril de 2006

particulares para el ejercicio de acción penal por denuncia falsa) o bien en el caso de que se produzca el silencio de la víctima. Tampoco debe desdeñarse el hecho de que las declaraciones obtenidas en fase instructora pueden constituir algo muy superior a meros indicios, pues si la declaración respetó los principios de contradicción y audiencia, en ese caso se estaría ante un supuesto de prueba debidamente preconstituida¹⁹.

En todo caso, es necesario advertir que en los casos en que la víctima sí declare en la fase plenaria, por lo general esta declaración supondrá prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, si bien siendo de aplicación una serie de requisitos que la jurisprudencia constitucional y penal ha venido a consagrar al efecto²⁰. Los requisitos exigidos para hacer que la mera declaración de la víctima sea suficiente prueba condenatoria parte de la exigencia de que el juez sentenciador obtenga un estado subjetivo de certidumbre, ajenos a un eventual resentimiento de la víctima, exigiendo asimismo la correspondiente verosimilitud y coherencia de la declaración prestada, existiendo asimismo algún otro medio de prueba o dato objetivo u objetivable que corrobore dicha declaración. Por ello, la declaración deberá tener: 1) Ausencia de incredibilidad subjetiva que disipen posibles móviles espurios; 2) verosimilitud del testimonio prestado; y 3) Persistencia en la incriminación, que deberá verse prolongada en el tiempo, reiterada sin contradicciones o ambigüedades. En cuanto a la prueba colateral que vendrá a corroborar la versión de la víctima, debe tenerse muy en cuenta la pericial médico-forense o, en su caso, psicológica-forense, ya que a través de las

¹⁹ *Ad ex.*, Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 15 de marzo de 2006.

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 229/1991, de 28 de noviembre, Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2000, 1 de febrero y 7 de marzo de 1994, 15 de octubre de 2004 ó Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 25 de noviembre de 1998, entre otras.

mismas podrá probarse sin discusión la existencia de unos malos tratos que fueron puestos de manifiesto por la víctima en su denuncia.

B) La expresa preconstitución de prueba en los procesos de violencia contra la mujer.

En el curso de los procesos penales puede suceder que el principal medio de prueba que pueda llevar a la condena del acusado corra el peligro de desaparecer por el paso del tiempo. Asimismo, en un proceso iniciado tras la denuncia por violencia de género, el Juzgado de Violencia sobre la mujer o, en su caso, el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia, hace acto de presencia precisamente de una forma rápida, al tratarse de un proceso penal especial y preferente que obliga al Órgano judicial a darle un tratamiento procesal que cuenta con protocolos especiales y que se ven iniciados ya desde que la *notitia criminis* es puesta en manos de la Policía. Por último y dada la rapidez con que el proceso se tramita, como diligencias urgentes (artículos 795 a 799 L.E.Cr.) es muy habitual en la práctica judicial que en el desarrollo de declaraciones y comparecencias iniciales relativas a la adopción de medidas cautelares y relativas a las situaciones personales del agresor y de la víctima se encuentren presentes el Juez, el Secretario judicial, las partes, el letrado del denunciado y, en su caso, acusación particular, así como el representante del Ministerio Fiscal. Las declaraciones se documentarán mediante acta escrita, o bien mediante grabación (artículos 325 y 731 bis L.E.Cr.), debiendo ser aportadas posteriormente al plenario bien por lectura, bien por visualización. En consecuencia, las actas (bien escritas o videográficas) se convierten en pruebas preconstituidas de cara al plenario, por lo que en muchos casos la existencia de prueba preconstituida elimina el problema de que posteriormente la víctima se acoja a su derecho de no declarar contra su esposo o pareja sentimental.

C) Las medidas cautelares de protección ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer

El ámbito procesal en que las medidas cautelares revisten una mayor cantidad de formas diferentes es, sin duda, el ámbito penal y, en concreto, el concerniente a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. A tenor de la doble vertiente que estos Órganos judiciales tienen, civil y penal, la L.O.M.P.I.V.M. contempla hasta un total de once medidas cautelares específicas que tienen la finalidad de proteger a la víctima, como también a los posibles hijos menores que pueda haber, ya que en definitiva, esto último es una obligación del Estado español, a tenor de sus compromisos internacionales expresados en la Convención Internacional de Derechos del Niño²¹. Las medidas procesales-penales de protección contempladas por la L.O.M.P.I.V.M. son en concreto las que siguen:

a) La orden de protección:

La orden de protección es la resolución judicial dictada en el curso de procesos penales en tramitación, seguidos por la comisión de delitos o faltas de violencia contra la mujer o de género en que exista una situación objetiva de riesgo para la víctima. En esta orden de protección se podrán adoptar medidas civiles y/o penales, o bien tendentes al inicio de un proceso administrativo relativo a la adopción de medidas de asistencia y protección social. En definitiva, estamos ante una resolución judicial que obligará a la coordinación de diversos servicios del Estado (policiales, administrativos-servicios sociales/asistenciales, etc.) y también a la necesidad de dedicación de recursos al efecto. Su regulación viene determinada por el artículo 544

²¹ Artículo 2.2 de la Convención Internacional de Derechos del Niño: Los estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar que el niño sea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, de sus tutores o de sus familiares.

ter L.E.Cr., que fue introducido por la Ley 27/2003, de 31 de julio, debiendo su actual previsión al artículo 62 de la L.O.M.P.I.V.M.

La resolución deberá adoptarse mediante la fórmula de Auto, por el Juzgado de Violencia sobre la mujer, teniendo esta orden tanto carácter penal, como también puede tener carácter civil, no pudiendo en este segundo caso dictarse la orden por parte de un Juzgado de Primera Instancia. Esta orden tendrá que estar debidamente motivada por parte del Juzgado (antecedentes de hecho, fundamentos de derecho y parte dispositiva). Para su adopción, deberá respetarse el principio de contradicción, con la asistencia del Ministerio Fiscal, de la acusación particular en caso de existir y la defensa del imputado. Como ya se ha apuntado, la finalidad de adoptar esta medida radica en la evitación de situaciones de riesgo para la víctima, así como la posible reincidencia inmediata del agresor. Asimismo, no debe olvidarse que la orden de protección constituye una medida cautelar, sufragánea de un proceso penal principal. En consecuencia, la medida cautelar tendrá una duración temporal y el Juez deberá tenerlo bien presente, ya que la modificación de las circunstancias que obligaron a su adopción, o bien el hecho de que concurran otros requisitos (como por ejemplo, que se hubiera presentado o no demanda en el orden civil, si en la orden de protección se hubieran incluido medidas civiles) puede llevar a que la orden de protección deba ser modificada o dejada sin efecto, sin perjuicio, claro está, de que la sentencia definitiva reitere las medidas de la orden de protección, o bien mantener su vigencia en el supuesto de interposición de recursos contra la sentencia dictada, según dispone el artículo 69 L.O.M.P.I.V.M. Asimismo, debe recordarse que para la adopción de medidas de carácter civil regirá lo dispuesto por el artículo 216 L.E.C., en cuanto al principio de justicia rogada. En consecuencia, cualquier modificación de las medidas civiles, deberá ser adoptarse a instancia de parte, siempre que no se trate de medidas

civiles relativas a los hijos menores, puesto que en tal caso sí pueden ser adoptadas de oficio, según el artículo 544 ter 7º y 505.4 L.E.Cr.

Evidentemente, se está haciendo referencia a la fase de instrucción del procedimiento penal por violencia de género, lo cual hace que el agresor no cuente todavía en este momento con antecedentes penales, por no existir una sentencia firme de condena anterior. Ahora bien, es importante la introducción llevada a cabo por el Consejo de Ministros, mediante el Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo (BOE de 25 de marzo de 2004), que crea el Registro Central de Violencia contra la mujer, previsto por el apartado 10 del artículo 544 ter L.E.Cr. En este Registro no sólo se anotará el resultado de los procesos por violencia contra la mujer, sino también dos elementos previos realmente importantes en estos procesos: el primero, la existencia misma del procedimiento; y el segundo, el contenido de aquellas medidas cautelares-órdenes de protección que se hubieran acordado, con expresa mención al Órgano judicial que las adoptó, como también a la identificación de las partes. Y es importante su existencia, ya que el acceso al mismo lo tienen los Órganos judiciales, el Ministerio fiscal y la policía judicial, con lo que se obtiene con ello una clara inmediatez en el uso de estos datos por parte de la maquinaria del Estado para lograr la efectiva protección de la víctima de hechos anteriores o bien futuros.

En tanto que la orden de protección constituye una medida cautelar en el proceso penal por violencia contra la mujer, los requisitos para poder adoptarla serán los que se predicen de toda medida cautelar:

1.- *Fumus boni iuri*: el Juez deberá valorar la existencia de suficientes indicios que se refieran a delitos o faltas contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, o bien delitos tipificados por el artículo 173.2 CP, cometidos por el imputado.

2.- *Periculum in mora*: existencia de valoración objetiva de riesgo de reiteración de hecho/s delictivo/s sobre la víctima, por parte del imputado, en caso de no adoptarse la medida. Este riesgo será evidente cuando ya existan lesiones objetivadas en los autos, ante supuestos de delitos flagrantes, o bien si se ha aportado prueba testifical que acredite la versión de la víctima del hecho. Por tal motivo, será esencial que el atestado policial esté bien confeccionado (con material fotográfico de las lesiones, toma de declaración previa a la víctima, agresor y a terceros, inclusión de partes de lesiones, etc.)

3.- Motivación: la adopción de la orden de protección implicará la privación de derechos (en mayor o menor grado) al imputado, por lo que la resolución deberá explicar qué motivos son los básicos para entender que existe una situación objetiva de riesgo, al constituir este elemento la base de la orden de protección. Asimismo, la denegación de la orden de protección obligará también a motivar la resolución y a exponer por qué no existe el riesgo objetivo en el caso, por lo que no sería posible que la orden de protección se adoptase o denegase con fundamentos genéricos que fueran útiles a otras situaciones similares, sino que el Juez deberá pormenorizar obligatoriamente su motivación, a fin de evitar la nulidad de su resolución.

La legitimación para solicitar la orden de protección tendrá una gran amplitud, a tenor de lo dispuesto por el artículo 61.2 de la L.O.M.P.I.V.M. y del artículo 544 ter.2 L.E.Cr. Así, las personas legitimadas podrán ser:

1.- El Juez de Violencia sobre la Mujer, de oficio. En este caso, debe advertirse que será posible la adopción de la medida incluso inaudita parte, a pesar de que por parte del Juzgado se deba convocar a las partes a una comparecencia urgente que garantice la contradicción. Tan sólo será posible

la adopción de medidas de carácter penal (como en el caso de la prisión provisional, por ejemplo), pero no así en el caso de medidas de carácter civil, que deberán regirse por el principio de justicia rogada (artículo 216 L.E.C.), a excepción de que las mismas se refieran a menores (artículo 158 del Código civil).

2.- A instancia de parte. La víctima o la persona que tenga con ella alguna de las relaciones mencionadas por el artículo 173.2 CP (por tanto, cónyuge, pareja homosexual, ascendientes, descendientes, hermanos, menores o incapaces sujetos a su patria potestad, tutela, curatela, acogimiento, guarda de hecho del agresor o cónyuge o conviviente, persona amparada en cualquier otra relación que la integre en el núcleo de convivencia del agresor y personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. En tal sentido, la medida de protección se podrá acordar a favor de la víctima y también de aquellas personas que convivan con la misma en las relaciones antes mencionadas. Rige también en este caso lo ya expresado en el apartado anterior, con relación a las medidas civiles. Es necesario tener presente en este punto que si la víctima lo es una mujer extranjera, la misma tendrá efectividad en España, teniendo que verse en concreto qué sucede en cuanto a la procedencia de la persona y la legislación que tenga su país de origen. En estos casos y con respecto a las medidas civiles, debe recordarse el contenido del artículo 107 CC, que permitiría incluso el divorcio de la mujer extranjera, incluso en supuestos en que su legislación civil aplicable no contemplase su ejercicio, o bien lo hiciera de forma discriminatoria para la mujer.

3.- A instancia del Ministerio Fiscal. Tal como dispone el artículo 124 de la Constitución, el Ministerio Fiscal tiene encomendada la promoción de la acción de la justicia y de velar por la protección de la

víctima y perjudicados. Dentro de esta esfera de actuación, la Fiscalía podrá solicitar la adopción de orden de protección cuando se aprecie la existencia de indicios de delito y situaciones de riesgo, o bien incluso oponerse a la adopción de las medidas cuando lo solicite la víctima, en el caso de entender que no concurren sus requisitos.

4.- A instancia de la acción popular. Los delitos de violencia contra la mujer son delitos públicos y, por tal motivo, la acción popular está también legitimada en estos casos para el ejercicio de la acción penal, tal como prevé la Constitución en sus artículo 125 y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los artículos 270.I y 761.

La tramitación de la orden de protección se deberá iniciar a través de comparecencia ante Órganos policiales, siendo muy recomendable que la víctima cuente con asesoramiento letrado, que le permita conocer sus derechos desde el inicio del proceso y también le haga conocer la posibilidad de solicitar ella misma la orden de protección, así como el contenido que ésta puede tener. Asimismo y aunque los diferentes cuerpos policiales del Estado han ido formando a sus Agentes para la tramitación de atestados por violencia de género, es también conveniente que las declaraciones o pruebas documentales que se incluyan (fotografías, partes médicos, evaluación de daños, etc.) se puedan aportar adecuadamente al atestado y en el mismo puedan constar todos estos elementos que podrán garantizar la efectividad del derecho de la víctima. Una vez concluido el atestado, será remitido con urgencia al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, que incoará el correspondiente proceso penal en que citará a las partes a una audiencia urgente, con sumariadad y preferencia, en el plazo de setenta y dos horas (artículo 544.ter 4º L.E.Cr.) en que, con audiencia de las partes, inmediatez y contradicción, se podrá decidir si se convoca de inmediato la audiencia sobre situación personal del agresor (artículo 505 L.E.Cr.) o bien

si se incoa el correspondiente juicio de faltas o juicio rápido, resultando posible que esta comparecencia se celebre *inaudita parte*, siempre considerando excepcional esta posibilidad. En esta comparecencia se podrán practicar las pruebas de interrogatorio del imputado y declaración de la víctima, siendo posible si resulta pertinente el interrogatorio de testigos, así como la prueba pericial médico-forense o pericial psicológico-forense.

Una vez dictado el Auto que acuerde la medida de protección, su ejecución se dejará en manos de los cuerpos policiales, quienes deberán tener en consideración a través de la Oficina de Atención a la Víctima cuál va siendo el cumplimiento de la orden de protección y deberán por ello instruir a la víctima de las consecuencias que puede acarrear el quebrantamiento de la orden judicial.

Los recursos contra el Auto que recoja la orden de protección podrán interponerse por la parte que se considere perjudicada por su contenido, cabiendo reforma contra el mismo y apelación contra su desestimación, o bien apelación directa contra el Auto en cuestión. El recurso de apelación se tramitará, según se advirtió al inicio del estudio del orden penal, por parte de secciones de la Audiencia provincial correspondiente, especializadas en violencia sobre la mujer.

b) La orden de alejamiento:

La orden de alejamiento es una de las posibles medidas cautelares en los procesos de violencia de género, que supone que el agresor está obligado por una orden judicial a distanciarse de su víctima para asegurar con ello la integridad física o moral de ésta. No sólo se puede encontrar como contenido de una medida cautelar (artículo 544 bis L.E.Cr.), sino que también podrá constituir parte de una pena acordada por sentencia definitiva,

tal como prevén los artículos 57, 101 a 105.1 g del Código penal. Su previsión radica en el artículo 64 de la L.O.M.P.I.V.M., pudiendo suponer la prohibición de acercamiento a la víctima o bien a otras personas que indique el Juez, la prohibición de acudir a determinados lugares, la orden de abandono del domicilio familiar y/o la suspensión de todo tipo de comunicación de agresor con su víctima.

El alcance de la orden de alejamiento la hace aplicable tanto a delitos como a faltas (artículo 61 L.O.M.P.I.V.M.), por lo que la orden de alejamiento puede ser parte o no de una orden de protección.

Los presupuestos de adopción de la orden de alejamiento serán éstos:

1.- *Fumus bonis iuris*: existencia de indicios fundados de que existen actos que constituyen violencia de género.

2.- *Periculum in mora*: Existencia de un riesgo objetivo para la víctima, siendo básico que estas circunstancias de riesgo se vean recogidas claramente en la orden de protección

3.- Adopción *inadudita parte*, que será posible, siempre que en la correspondiente comparecencia se encuentre personado el Ministerio Fiscal, incluso en el supuesto de inasistencia del acusado.

4.- Temporalidad de la medida: Si bien a este respecto nada indican los artículos 544 bis L.E.Cr., o bien el artículo 64 L.O.M.P.I.V.M., sí es necesario contemplar lo que dispone el artículo 57 C.P., cuando limita la duración de penas y medidas cautelares en función de la gravedad del hecho delictivo.

En su aplicación, es necesario también recordar que el alejamiento del agresor puede ser controlado a través de medios técnicos que podrían facilitar el control del cumplimiento o incumplimiento de la orden de alejamiento. En tal caso, es conveniente que estos medios puedan ser utilizados de forma adecuada y efectiva y que al mismo tiempo tengan acreditada su fiabilidad, de forma que no pueda discutirse o argumentarse que los mismos plantean fallos de funcionamiento, sin más. Asimismo, sería conveniente que sea el agresor y no la víctima quien deba soportar su uso: no es lógico imponer una carga a la víctima de tener que llevar consigo un teléfono móvil especial o un detector, pero sin embargo sí lo es en el caso del agresor, si se le acopla a su cuerpo un detector gps o bien un sistema equivalente, siempre que la medida fuera debidamente razonada e incluida en el texto de la orden judicial.

c) Suspensión de las comunicaciones, salida del domicilio y prohibición de retorno al lugar de comisión del delito (artículo 64 L.O.M.P.I.V.M.).

d) Detención (artículos 13 y 489 L.E.Cr.).

e) Prisión provisional (artículos 502 y concordantes L.E.Cr.).

f) Suspensión del derecho a la tenencia y uso de armas (artículo 67 L.O.M.P.I.V.M.).

Junto con el conjunto de medidas cautelares penales que se acaban de analizar, el Juzgado de Violencia contra la Mujer puede adoptar también otras medidas de protección de carácter civil, que contarán con una duración temporal de treinta días desde su adopción y sólo en el caso de que fuera presentada la oportuna demanda de separación, divorcio o nulidad

matrimonial, se ampliaría dicho plazo a otros treinta días más. Estas medidas pueden tener como beneficiarios a la víctima, o bien a los hijos menores, siendo necesario en este último caso que se conceda audiencia a los mismos, de forma que en legislaciones civiles forales, como en el caso de Cataluña, deberán ser oídos en el supuesto de que sean mayores de doce años de edad. Asimismo, estas medidas son accesorias al proceso penal y son adoptadas exclusivamente por el hecho de existir una situación de riesgo y urgencia para la víctima. Las medidas cautelares civiles que podrán adoptarse son las siguientes:

a) Suspensión de la patria potestad.

Esta medida supone una de las más graves sanciones que el ordenamiento jurídico ofrece para los progenitores, en casos en que se hubieran dado circunstancias gravísimas en el cumplimiento de los deberes paternofiliales (comisión de delitos graves contra los hijos, comisión de hechos muy perjudiciales para los hijos, etc.). Se trata de suspensión de la patria potestad y no de su privación (artículo 65 L.O.M.P.I.V.M.). En este sentido, dado lo excepcional de la medida, se deberá valorar con cautela la adopción de la misma y también cuál es la conducta del agresor con respecto de los hijos y no sólo de la víctima.

b) Suspensión del régimen de visitas.

Al hilo de la anterior medida civil, la suspensión del régimen de visitas paternofilial se contempla por el artículo 66 de la L.O.M.P.I.V.M. y obliga también a la valoración pormenorizada de las circunstancias del agresor con sus hijos, dado que el derecho de visitas paternofilial que se genera a través de un proceso de familia, no es sólo un derecho del padre, sino también un deber, tal como así la Jurisprudencia lo viene reconociendo.

En todo caso, en estos supuestos pueden jugar un papel importante los puntos de encuentro que llegan a tener incluso papel de asesoramiento técnico a los Juzgados de Familia por sí mismos, como sucede en el caso de Cataluña²².

c) Prestación de alimentos.

El deber de solidaridad en el seno de la familia es una de las obligaciones esenciales del núcleo familiar, que así se ve recogido por el Código civil y especificado en la existencia de una obligación de alimentos a favor de los hijos y del cónyuge. En este sentido, deberá estarse a lo que constituyan las necesidades del alimentista, a la hora de determinar la posible fijación de una pensión de alimentos en sede de medidas cautelares, siendo éste el criterio básico que la jurisprudencia en la materia ha venido indicando, ante el silencio que guarda la L.O.M.P.I.V.M. respecto de la cuantía que podría establecerse.

d) Arrendamiento y permuta de la vivienda.

El Juzgado podrá también ordenar que la vivienda sea gestionada por entidades autorizadas para el arrendamiento o la permuta de la misma, haciendo que la víctima no se obligada a residir en la misma vivienda que residió con su agresor, quedando por ello fuera del control del mismo. En este caso podrían producirse dudas sobre la competencia territorial, si la víctima se traslada a un partido judicial distinto, según pudo verse en páginas anteriores.

²² Decreto 357/2011, de 21 de junio, de los servicios técnicos del punto de encuentro (D.O.G.C. 5906, de 23 de junio de 2011)

e) Medidas asistenciales o sociales.

La L.O.M.P.I.V.M. establece que es la Administración y la Oficina de Atención a la víctima quienes deberán dar respuesta a la mujer en estos casos, quedando siempre libre el Juez de requerir a las mismas su intervención en el caso concreto.

f) Medidas anexas a las anteriores.

Otras medidas anexas y que pueden hacer que la seguridad de la víctima se haga más efectiva pueden pasar por ejemplo, por la obligatoria comparecencia *apud acta* del agresor ante un equipo técnico de valoración y/o tratamiento; la revocación cautelar de poderes otorgados recíprocamente con la víctima (artículo 102 CC); la obligación de residencia del agresor en un determinado lugar; la orden de protección de testigos; la retención del pasaporte de los hijos menores, en el caso de personas extranjeras, para evitar una huida del país con éstos.

Una vez vistas las diferentes medidas cautelares que pueden ser adoptadas en un procedimiento de violencia contra la mujer, cabrá preguntarse qué consecuencias tendrá el quebrantamiento de las mismas por parte del presunto agresor.

Un último aspecto que merece ser tratado en cuanto a las medidas cautelares en procesos de violencia contra la mujer obliga a hacer mención del posible quebrantamiento de la medida cautelar impuesta por el Juzgado de Violencia contra la Mujer, ya que el artículo 468 del Código penal²³

²³ Artículo 468 CP. 1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.

tipifica como delito el quebrantamiento no sólo de la condena, sino también de las medidas cautelares que se pudieran haber impuesto al autor de los hechos. Así, tanto si la prohibición de comunicar o acercamiento a la víctima proviene de una medida cautelar, o bien del contenido mismo de una sentencia condenatoria, esto supondrá la incoación de un nuevo proceso penal, ajustado necesariamente a las normas reguladoras de las diligencias previas, pues no cabrá hablar de falta en estos casos. Se derivará, por consiguiente, el procedimiento para dilucidar la situación personal del imputado (arts. 503, 505 y 544 ter L.E.Cr.), de forma que las partes en el proceso de violencia sobre la mujer podrán en este caso conocer las nuevas medidas que se deriven de dicha comparecencia, pudiendo interesar cuestiones diferentes o alternativas.

Un problema frecuente en la práctica forense radica en que este eventual quebrantamiento de la medida cautelar o definitiva puede estar contando con la intervención de la víctima misma. En este caso, es necesario considerar que el delito de quebrantamiento de condena vería incluidos entre sus autores precisamente a la víctima del delito con cuya medida cautelar se pretendía su seguridad. Por este motivo, es habitual también que las órdenes de protección o alejamiento incluyan además del apercibimiento al agresor, un claro apercibimiento a la víctima en tal sentido. Otra cosa sería que la propia víctima, una vez adoptada la medida por el Juzgado, solicite que la misma quede sin efecto. En el supuesto de que la medida proviniese de una medida cautelar, nada impide que por parte del Juez y previa audiencia de las partes, se pueda dejar ésta sin efecto, con la correspondiente cancelación de la anotación llevada a cabo en el Registro

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

Central de Violencia contra la mujer. Otra situación distinta aparecerá cuando la medida de alejamiento no provenga de una medida cautelar, sino de una pena, ya que en este caso, la cuestión del alzamiento de la decisión constituirá una cuestión de orden público, quedando fuera de la disposición de las partes. En este supuesto, el quebrantamiento de la condena supondría la incoación de un nuevo proceso penal contra el previamente condenado, agravándose su situación personal y perdiendo la posible suspensión de la condena anterior.

En relación a la ejecución de la sentencia firme dictada en los procesos penales de violencia contra la mujer, cabrá hablar de la posible sustitución de penas privativas de libertad, que supondrán varias posibilidades: la primera, la sustitución obligatoria por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, cuando se trate de una condena inferior a tres meses de privación de libertad (artículo 71.2 CP). La segunda, consistente en la sustitución facultativa que se prevé por el artículo 88 CP, que distingue entre aquellas penas privativas de libertad no superiores a un año (también sustituibles por multa o trabajos en beneficios de la comunidad, si las circunstancias lo aconsejan y siempre que no se trate de reos habituales), o superiores al año e inferiores a los dos años, cabiendo la misma sustitución, siempre que el Juzgado ejecutor considere que la entrada en prisión podría frustrar los fines preventivos y de reinserción y siempre que tampoco se trate de un reo habitual. Ahora bien: en los supuestos de sustitución que se acaban de ver, el Juez estará obligado a imponer al penado dos obligaciones adicionales: la primera que se someta a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico y la segunda, que tendrá la prohibición de acudir a lugares concretos y la prohibición de aproximación a la víctima o sus familiares, o bien la comunicación con éstos.

Un caso particular en cuanto a la ejecución de sentencias dictadas en procesos penales por violencia contra la mujer lo constituye el hecho de que el autor del mismo sea un ciudadano extranjero, sin permiso de residencia en España. Así, al amparo del artículo 89.1 CP, la pena privativa de libertad inferior a seis años podrá ser sustituida por la expulsión del territorio nacional, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del condenado. Ahora bien, en el caso de que el extranjero condenado disfrute un permiso de residencia en España, entrará en juego el artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, según la cual, los permisos de residencia se podrán renovar exclusivamente cuando el beneficiario no tenga antecedentes penales en España y, asimismo, será imposible al extranjero con residencia legal en España la solicitud del reconocimiento de la nacionalidad española, al ser indispensable para el extranjero solicitante carecer de antecedentes penales en España (artículo 22.4 del Código civil). Evidentemente, la posible sustitución de pena privativa de libertad por trabajos en beneficio de la comunidad deberá ser consentida por el penado, en consideración del contenido del artículo 25 CE.

3.3. ÁMBITO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

El ámbito contencioso-administrativo puede aparentar que no contiene mecanismos especiales para la defensa de la igualdad de género específicos, frente a aquellos actos de las Administraciones Públicas que en su momento pudieran llegar a vulnerarla. No obstante y, sin afán de entrar en aspectos de fondo, es menester tener presente que en este caso pueden resultar aplicables dos de los procedimientos regulados por la 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: el procedimiento ordinario (artículos 43 a 77 de la L.J.C.A.), el procedimiento abreviado (artículo 78 L.J.C.A.) y el procedimiento especial sumario para la

protección de los derechos fundamentales de la persona (artículos 114 a 122 de la L.J.C.A.)

La actual Ley reguladora de 1998 supuso un cambio sustancial en la concepción de la actividad judicial contra actos de las Administraciones públicas que brindaba un sistema ágil, partiendo de la existencia de dos procedimientos ordinarios (el procedimiento abreviado, basado en el juicio verbal, inicialmente) y el procedimiento ordinario (basado inicialmente en la tramitación escrita). La posterior entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, influyó también en la aplicación práctica de la L.J.C.A., puesto que el anterior procedimiento abreviado y la práctica probatoria en el ámbito del procedimiento ordinario obligaban a que la escritura fuera sustituida por la oralidad, en cuanto se refiere a la preceptiva inmediatez judicial en la práctica de diligencias, que anteriormente no se aplicaba con la rigidez que desde el año 2001 sí fue obligada.

En los casos en que un acto administrativo firme contenga alguna disposición que vulnere la igualdad de género, la persona interesada podrá interponer el correspondiente procedimiento contencioso-administrativo contra el mismo. Y, no se olvide, hacer referencia a igualdad de género supone hacer mención de una de las facetas del derecho a la igualdad: esto es, a una de las vertientes con que cuenta un derecho fundamental reconocido por la Constitución española en su artículo 14, protegible mediante el recurso de amparo constitucional, a tenor de lo dispuesto por su artículo 53.2. Por tal motivo, la persona interesada podrá acudir si así lo aconseja el supuesto que se plantee al denominado procedimiento de protección de los derechos fundamentales de la persona, que se recoge en el Título V de la L.J.C.A. y concretamente en sus artículos 114 a 122. La tramitación de estos cauces procesales se llevará a cabo de forma preferente, unido esto al hecho de que los plazos aplicables son tremendamente breves,

en comparación con la tramitación ordinaria, ello supondrá que la resolución del asunto se obtendrá de una forma rápida por la persona interesada, en un plazo no superior a un mes.

Así, la interposición deberá llevarse a cabo en el plazo de diez días desde la notificación o publicación del acto lesivo; o, en su caso, desde que se requirió a la Administración demandada para que se viera cesada la vía de hecho (artículo 115 L.J.C.A.). La interposición deberá expresar con precisión y claridad el derecho o derechos cuya tutela se pretende y, de manera concisa, los argumentos sustanciales que den fundamento al recurso, no consistiendo esto en la formulación de la demanda. Seguidamente, se deberá recabar la entrega al Órgano judicial del expediente administrativo y los datos o documentos que la Administración entienda necesarios para la resolución del asunto (artículo 116 L.J.C.A.), de forma que la persona recurrente contará con un plazo de ocho días para poder formalizar su demanda ante el Juzgado, una vez la Administración hubiera cumplido el requerimiento (artículo 118 L.J.C.A.). Asimismo, cabrá que por parte del Secretario judicial se determine que existen causas de inadmisión, ante lo cual convocará a las partes a una comparecencia en que cada una de ellas expondrá sus argumentos y será resuelta por medio de Auto en el que el Juzgado deberá determinar la procedencia o improcedencia de la prosecución del proceso.

Una vez formalizada la demanda por la parte actora, se dará traslado de la misma a la demandada, a fin de que pueda contestarla, por un plazo de ocho días, abriéndose con posterioridad a petición de una o ambas partes un período de veinte días para la práctica de prueba (artículo 119 L.J.C.A.). Se dictará sentencia por el Órgano judicial que estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, y como consecuencia

de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo; o bien desestimará la pretensión deducida en el proceso (artículo 121 L.J.C.A.). La sentencia dictada será apelable en un solo efecto.

Tal como se ha indicado, el objeto del proceso de protección de derechos fundamentales se fundamenta en derechos fundamentales y acaba siendo más parecido a un recurso de amparo, que a un recurso contencioso-administrativo, dado el fondo de la cuestión. Por este motivo, el recurso se acota a la existencia o no de una vulneración de derechos fundamentales y no al ajuste o no de un acto administrativo a la legalidad ordinaria. Por ello, es práctica habitual ante los Tribunales que, cuando se interpone un recurso contencioso-administrativo especial de protección de derechos fundamentales se acuda a la vía de los procesos declarativos ordinarios contencioso-administrativos, en que el objeto procesal no sólo lo constituirá la vulneración de un derecho fundamental, sino también la eventual infracción de la legalidad ordinaria por parte del acto impugnado, asegurándose con ello que para el supuesto en que el órgano judicial desestime la demanda del procedimiento especial, sí pueda tener éxito la demanda del procedimiento ordinario, al no tener éste las mismas exigencias en cuanto al fondo que sí tendrá el primero.

En estos casos procederá el cauce del procedimiento ordinario, regulado en el capítulo I del Título IV de la L.J.C.A. - artículos 43 a 77-, entendiéndose que el criterio para que sea aplicable el proceso ordinario o el procedimiento abreviado se determinará en función de la cuantía litigiosa. En tal sentido y por aplicación del artículo 78 L.J.C.A., a través del proceso ordinario se conocerán los asuntos con una cuantía superior a treinta mil euros, o de cuantía indeterminada. A este último respecto, cabe afirmar que la vulneración del derecho a la igualdad de género en sí misma carecerá de cuantificación específica, por lo que se deberá acudir al procedimiento

ordinario en tal caso. En aquellos supuestos en que, efectivamente, pueda hacerse mención de cuantía propia en el asunto y ésta sea inferior a la cuantía antes especificada, o bien se tratase de una cuestión de personal al servicio de las Administraciones públicas, será aplicable el procedimiento abreviado, que se ve regulado por el artículo 78 L.J.C.A.

Según se ha manifestado ya, el procedimiento ordinario se basará principalmente en la escritura, a excepción de la eventual práctica de prueba testifical, interrogatorio de partes o reconocimiento judicial, que exigirá la inmediación judicial que viene ya fijada por la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este proceso no existirá el trámite de vista, salvo que por parte del Órgano judicial se entendiera conveniente, ciñéndose sus fases a la interposición, la reclamación del expediente administrativo, la concesión de un plazo de veinte días para formular demanda y veinte días para contestarla por la demandada, práctica de prueba conforme a los hechos que las partes consideren controvertidos y fase de conclusiones escritas, siendo esta última fase la que a criterio judicial puede sustituirse por comparecencia al efecto de formular conclusiones orales. La sentencia que resulte de este proceso podrá ser apelada en ambos efectos, salvo que la misma resultase de un proceso en que el acto recurrido fuera dictado en procesos administrativos en materia de extranjería.

En el supuesto del procedimiento abreviado, la persona recurrente iniciará el proceso mediante la formulación de demanda, siendo requerido posteriormente el expediente administrativo a la Administración demandada, convocándose a las partes a la celebración de juicio verbal, en el cual podrán complementarse las alegaciones iniciales de la actora, se deberá contestar la demanda por la Administración demandada, se practicará prueba y se concederá a las partes trámite de conclusiones orales. La sentencia que resulte de este proceso podrá ser apelada en ambos efectos,

siempre que no se trate de asuntos de materia electoral, o bien se trate de asuntos relacionados con la aplicación de legislación de extranjería.

3.4. ÁMBITO SOCIAL

El orden jurisdiccional social aporta mecanismos procesales importantísimos en materia de igualdad de género, tratándose del orden jurisdiccional que de forma más inmediata puede ayudar a la defensa de los intereses y a la igualdad de las mujeres trabajadoras, en los diferentes ámbitos que pueden ir viéndose a lo largo y ancho de la relación laboral. La recientemente entrada en vigor de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social ha visto mantenido el funcionamiento general de los procesos de trabajo y Seguridad Social, introduciendo dos nuevos procesos especiales para la tutela de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (artículo 139 L.P.L.) y un segundo proceso especial para la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas (artículos 177 a 184 L.P.L.). Tal como ya se ha indicado, el esquema procesal de la L.P.L. mantiene la existencia de tres procesos especiales más que no ven modificada su configuración, previstos para los supuestos de despidos disciplinarios (artículos 103 a 113 L.P.L.), impugnación de sanciones (artículos 114 y 115 L.P.L.) e impugnación de la clasificación profesional de la persona trabajadora (artículo 137 L.P.L.).

Los procesos laborales tendrán como eje vertebrador las normas del juicio verbal que se plantea por la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que las normas relativas a práctica de prueba y desarrollo de la vista se fundamentarán en lo previsto por los artículos 437 a 447 de esta norma. Las previsiones que la L.P.L. va estableciendo al respecto provocan

modificaciones en las reglas generales mencionadas, que dan particularidades propias a cada procedimiento especial.

Los procedimientos relativos a despidos disciplinarios, impugnación de sanciones y clasificación profesional encontrarán su mayor importancia en que la cuestión de género puede ser en un gran número de ocasiones un elemento distorsionador en todo ello, pues puede ser motivo de despido (encubierto o no), motivo de sanción y también de evitar la promoción de la mujer trabajadora. En tal sentido, debe recordarse que el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores fija una serie de causas que hacen posible el despido de la persona trabajadora, cuando concurren las siguientes circunstancias que comporten un incumplimiento del contrato de trabajo:

- a. Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.
- b. La indisciplina o desobediencia en el trabajo.
- c. Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos.
- d. La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.
- e. La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.
- f. La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo.
- g. El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.

En aquellos casos en que el despido no se ajuste a estos supuestos establecidos, el mismo deberá ser considerado improcedente en aquellos

casos en que por parte del Juzgado de lo Social se entienda que no concurre realmente la causa que se invocó por la empresa para fundamentar el despido (artículo 108 L.P.L.). Pero también es necesario recordar que cuando el despido no sólo no se ajusta a una causa establecida en el artículo 54 E.T., sino que incluso su base efectiva se centra en la vulneración de un derecho fundamental como sería el derecho a la igualdad y no discriminación de la persona trabajadora, esto supondría que el despido deba ser calificado como nulo, contando la nueva L.P.L. con una serie de previsiones en su artículo 108 que hacen además que el despido deba considerarse nulo en tres supuestos que pueden afectar con claridad a la cuestión de género:

1.- El despido de *los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.*

2.- El despido *de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma Ley; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la*

relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores.

Y 3.- El despido de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

En estos casos, el proceso por despido (improcedente o nulo) deberá contar con la previa celebración de acto de conciliación administrativa ante la Autoridad laboral, así como con la obligada expresión de diversas cuestiones y datos en la demanda inicial, según establece el artículo 104 L.P.L.:

a. Antigüedad, concretando los períodos en que hayan sido prestados los servicios; categoría profesional; salario, tiempo y forma de pago; lugar de trabajo; modalidad y duración del contrato; jornada; categoría profesional; características particulares, si las hubiere, del trabajo que se realizaba antes de producirse el despido.

b. Fecha de efectividad del despido, forma en que se produjo y hechos alegados por el empresario, acompañando la comunicación recibida, en su caso, o haciendo mención suficiente de su contenido.

c. Si el trabajador ostenta, o ha ostentado en el año anterior al despido, la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores, así como cualquier otra circunstancia relevante para la declaración de nulidad o improcedencia o para la titularidad de la opción derivada, en su caso.

d. Si el trabajador se encuentra afiliado a algún sindicato, en el supuesto de que alegue la improcedencia del despido por haberse realizado éste sin la previa audiencia de los delegados sindicales, si los hubiera.

La Sentencia que sea dictada deberá declarar o bien que el despido es procedente (ajustado a la causa invocada por la carta de despido por la empresa), o improcedente (que no se ajustará a la causa esgrimida) o nulo, con las consecuencias de indemnización o bien readmisión, en el segundo caso (artículo 110 L.P.L.) y de readmisión obligatoria con percepción de salarios no abonados en el tercero (artículo 113 L.P.L.). Contra la sentencia correspondiente cabrá interponer recurso de suplicación, cuya resolución corresponderá a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia que corresponda.

El procedimiento de impugnación de sanciones será similar al proceso por despido, de forma que incluso la sentencia que recaiga en el procedimiento deberá declarar ajustada a derecho la sanción, confirmándola, revocándola total o parcialmente, o bien declarándola nula por los mismos motivos antes esgrimidos, siendo destacable el hecho de que contra la sentencia recaída no cabrá recurso alguno, salvo en los casos de sanciones por faltas muy graves, apreciadas judicialmente.

Los procesos relativos a la impugnación de la clasificación profesional de la persona trabajadora se regulan por el artículo 137 L.P.L., manteniendo la obligación que ya provenía del texto de Ley de Procedimiento Laboral (Real Decreto Legislativo 521/1990) de acompañar a la demanda un informe emitido por la representación sindical en la empresa (comité de empresa o bien delegados sindicales) relativo a las funciones superiores alegadas y la correspondencia de las mismas dentro del sistema de clasificación aplicable, debiendo el Juzgado recabar informe a la

Inspección de Trabajo. Estas demandas podrán verse acumuladas con el ejercicio de la acción de reclamación de diferencias salariales derivadas de la diferencia de clasificación profesional que en su caso pudiera reconocerse en sentencia.

Por lo que se refiere al nuevo proceso especial de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente, aplicable también a los supuestos de ejercicio de derechos laborales de la trabajadora víctima de violencia de género, su regulación se encuentra en el artículo 139 L.P.L., teniendo su antecedente más inmediato en lo que ya preveía la derogada Ley procesal de 1995 (R.D. Legislativo 2/1995, de 7 de abril) en su artículo 125, que sólo contemplaba la existencia de un proceso especial en materia de vacaciones, no brindando cauce procesal propio para la reclamación en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente. A este proceso será aplicable el juicio verbal general, si bien con las siguientes especialidades de tramitación: en primer lugar, el plazo para plantear la acción ante la Jurisdicción será de veinte días desde la negativa o disconformidad del empresario a la propuesta realizada por la persona trabajadora, resultando posible en este caso ejercitar de forma acumulada la acción de daños y perjuicios que pudieran haberse irrogado a la actora. En segundo lugar, tanto la persona trabajadora, como la empresa demandada, tendrán que efectuar su propia proposición de solución en la celebración de la conciliación previa, como también en el acto de juicio, así como un informe de los correspondientes órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad de oportunidades de la empresa, que serán considerados en la sentencia. Este procedimiento se tramitará con carácter urgente y preferente, debiendo señalarse la vista en un plazo de cinco días desde la admisión de la demanda, no cabiendo recurso contra la resolución, salvo en lo relativo al resarcimiento de daños y perjuicios.

Por último, la segunda gran novedad que se incluye como nueva modalidad procesal por medio de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, de la Jurisdicción Social, se encuentra en los artículos 177 a 184, dedicados al procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas. El procedimiento tendrá por objeto único la lesión del derecho de libertad sindical o bien de cualquier otro derecho fundamental, incluida la prohibición de trato discriminatorio y el acoso, no siendo posible acumular otras pretensiones que las referidas. Dada la especial naturaleza del objeto del proceso, el Juzgado podrá inadmitir la demanda, cuando entienda que el fondo del asunto no se refiere a la materia propia de este procedimiento, quedando a salvo el ejercicio de la correspondiente promoción del cauce procesal que sí resulte procedente en la vía procesal-social ordinaria. Podrá ejercitar la acción tanto la persona trabajadora, como las organizaciones sindicales (que podrán actuar como actores principales, o bien coadyuvantes del/la trabajador/a). El proceso se dirigirá contra el empresario causante, o bien terceros vinculados a éste o no, siempre que hayan generado el acto lesivo del derecho fundamental. En este proceso será parte el Ministerio Fiscal, como defensor de los derechos fundamentales y libertades públicas. La tramitación del asunto será urgente y preferente, así como también lo será la tramitación de sus incidentes y recursos. El juicio se tramitará por el cauce del juicio verbal, debiendo acudir las partes con los medios de prueba de que deseen hacerse valer y a la vez se altera la carga probatoria ordinaria (artículo 217 L.E.C.), atribuyendo la misma a la parte demandada. La sentencia deberá acordar diversas cuestiones:

- 1) Si hubo o no vulneración de derecho fundamental, expresando concretamente de cuál se trataba.
- 2) Declarará la nulidad radical de la actuación de la/s demandada/s.

3) Ordenará el cese inmediato de la actuación contraria al derecho fundamental o libertad pública infringida.

4) Dispondrá el restablecimiento de la parte actora en la integridad de su derecho y reposición al momento anterior a la vulneración del mismo.

5) Deberá establecer la cuantía de indemnización que corresponda a la parte actora, que será compatible con otro tipo de indemnización legalmente establecida en el Estatuto de los Trabajadores, o bien el resto de normas laborales, salvo que exista en curso un proceso penal por los mismos hechos y en el mismo se mantenga la reclamación de perjuicios por parte de la persona perjudicada.

Cabe añadir, para finalizar, que en esta última modalidad procesal cabrá solicitar la adopción de medidas cautelares, al amparo de lo previsto por el art. 180 L.P.L., pudiendo interesarse la suspensión del acto impugnado, así como la suspensión de la relación o la exoneración de prestación de servicios, el traslado de puesto o de centro de trabajo, la reordenación o reducción del tiempo de trabajo y cuantas otras tiendan a preservar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse, incluidas, en su caso, aquéllas que pudieran afectar al presunto acosador o vulnerador de los derechos o libertades objeto de la tutela pretendida, en cuyo supuesto deberá ser oído éste. Estas medidas podrán ser tramitadas *inaudita parte*, si a juicio del Órgano judicial se entiende conveniente (artículo 180.5 *in fine* L.P.L.), o bien previa citación a las partes y al Ministerio Fiscal a una comparecencia en que se alegarán los argumentos que cada parte considere convenientes y se podrá practicar la prueba pertinente al efecto, dictándose de viva voz en el plazo de una audiencia por parte del Órgano correspondiente las medidas que sean oportunas.

4.- CONCLUSIONES.

Tal como se ha podido comprobar a lo largo del presente estudio, el ordenamiento procesal español ofrece diferentes cauces que son de utilidad para defender ante los Tribunales españoles la cuestión de género y los derechos de las mujeres frente a las intromisiones de terceros.

Ahora bien, tras una afirmación clara como la anterior, es sin duda necesario que la sensibilidad hacia la cuestión de género no sólo la tengan aquellos operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados) que se interesen por la cuestión, sino que el tema tendría que suponer la implicación de todos y todas los operadores jurídicos, de forma que cualquier profesional que se relacione con el Derecho y, concretamente, con la jurisdicción, deba tener conocimientos suficientes en la materia, pues el tema atañe a TODOS/AS y no sólo a los Jueces de Violencia sobre la Mujer, a los Fiscales adscritos a este Servicio, o bien a los letrados/as que se encuentren en esta especialidad del turno de oficio. La razón de que obtener un determinado grado de conocimiento en la materia se haga imprescindible no pasa por querer complicar más la formación o la existencia de las profesiones jurídicas, sino por un hecho incontestable: como puede verse, la cuestión de género no sólo se defiende desde el ámbito de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, sino también desde los órdenes civil, contencioso-administrativo y social. Por ello, resulta más que chocante que, ante una conversación entre colegas de profesión con veinte años de experiencia, resulte chocante descubrir que para muchos realmente no se sabe de qué se habla, porque el desconocimiento es absoluto y además no se sabe siquiera de la existencia de algún procedimiento de reciente creación.

Si lo mencionado es así de evidente entre profesiones jurídicas, más delicado es aún el tema cuando se hace referencia a otros operadores del sistema judicial, como pueden ser los Agentes de policía o bien el personal colaborador o al servicio de la Administración de justicia. En muchas ocasiones, la sensibilidad de todos estos profesionales con respecto a la cuestión de género es prácticamente nula. Y, una vez más, no sólo en el ámbito de la violencia sobre la mujer, sino en el resto de procesos especiales que, en definitiva, están intentando proteger algo esencial de nuestro sistema jurídico: los derechos fundamentales de la persona. En consecuencia, la formación en la materia de género de todo el conjunto del sistema procesal (desde Magistrados, hasta el último Agente judicial) es básico para que el conjunto de la sociedad sea conocedora de que la ley le ofrece mecanismos de defensa y que el hecho de acudir a ellos no ha de suponer una revictimización de la perjudicada, sino la plasmación del esfuerzo solidario de toda la sociedad con ella.

Por otro lado, es necesario recordar que han transcurrido ya casi ocho años desde la entrada en vigor de la L.O.M.P.I.V.M. y la casuística diaria ha sido enorme, llegando en muchos casos a producirse el abuso descarado del recurso a las denuncias falsas contra los esposos y/o parejas de la presunta víctima. Esto ha llevado a que en un gran número de casos en que la violencia sobre la mujer ha existido realmente, los Tribunales hayan dudado en un gran número de asuntos de que esta violencia se hubiera manifestado de forma real. En estos casos, lamentablemente se ha tenido que acudir a las vías ordinarias, mediante los procesos civiles de familia, esperando que no volviesen a darse episodios violentos posteriores. Pero lo cierto es que el juego de la aplicación del artículo 49 bis L.E.C., que dispone la *vis atractiva* de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en los casos en que hace acto de presencia un proceso penal, se han visto más a menudo de lo deseado por el autor de estas líneas.

Por todo ello, junto a la formación y al examen cuidadoso de veracidad de las denuncias que se pueden ir planteando, es también necesario, pese a la actual situación general española, que los medios que se dedican a la protección de la igualdad de género desde la óptica judicial sean realmente amplios, pero también suficientemente eficientes y adecuados a los fines que se persiguen. De poco servirá, por ejemplo, trazar planes de formación para los maltratadores, si éstos se basan únicamente en charlas o conferencias, pero no en tratamiento psicológico adecuado que permita que la acción de la justicia se acomode a la rehabilitación y reeducación de la víctima (artículo 25 CE).

Por último, deben advertirse tres cuestiones curiosas que no se contemplan por la L.O.M.P.I.V.M. y que suponen un escape de sus previsiones. La primera de ellas se encuentra en el hecho de que una pareja puede estar constituida por dos personas menores de edad. Es una clara contradicción legal el hecho de que si el agresor de la mujer es un menor, la competencia en la tramitación del asunto quedaría sustraída al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, pues sería en este caso competente el Juzgado de Menores que, por otra parte, no podría adoptar las medidas cautelares que se examinan en este trabajo, sino que tendría que ajustarse a las nada alentadoras previsiones de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

La segunda de las cuestiones que se plantean constituye una mera curiosidad, ya que sí queda resuelta por la L.O.M.P.I.V.M., al haberse atribuido el criterio de especialidad en la atribución a los Juzgados de Violencia contra la Mujer la competencia exclusiva en la materia. El caso que se plantea es el de dos personas que fueran miembros a la vez de las Fuerzas Armadas, quedando en principio sujetos a lo dispuesto por la Ley

Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, así como a la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar. No obstante lo anterior, cualquier episodio de violencia sobre la mujer en este ámbito no deberá plantear problemas, ya que la reforma del artículo 14 L.E.Cr. que adopta el artículo 58 L.O.M.P.I.V.M. es clara en la materia y en modo alguno puede entenderse que una agresión de un hombre a una mujer, ambos miembros de las Fuerzas Armadas, pudiera quedar subsumido en los tipos de malos tratos que contemplan los artículos 85 y 86 del Código penal Militar.

En tercer y último lugar, se debe advertir que no queda resuelto cuál ha de ser la solución cuando quien sea autor de un delito de violencia contra la mujer sea persona aforada. En estos casos, al igual que sucede en el supuesto de los menores, el aforado no podrá ser encausado por el Juzgado de Violencia contra la Mujer y si bien puede ser que exista algún Magistrado del correspondiente Tribunal Superior de Justicia, o en su caso del Tribunal Supremo, especialistas en violencia de género, lo cierto es que no se dice nada al respecto en la L.O.M.P.I.V.M., quedando aquí un claro vacío legal que quebraría con ello el sistema general establecido para la ciudadanía en general, comportando ello una desprotección para la víctima y un claro privilegio para el agresor. En este sentido y, tanto en el supuesto de menores agresores, como en el de personas aforadas, es claramente imprescindible que en el futuro pudiera preverse la cuestión y por ello, modificarse la legislación específica, para obtener así que la defensa de la víctima ante supuestos de violencia de género pueda ser total y absoluta, sin fisura procesal alguna que conduzca a fijar un privilegio injustificado a quien realmente no lo merece.

5.- BIBLIOGRAFÍA

- MONTERO AROCA, JUAN, y otros, ***EL NUEVO PROCESO CIVIL (LEY 1/2000)***. Editorial Tirant lo Blanc, Valencia 2000.
- AYALA MUÑOZ, JOSÉ MARÍA, ***COMENTARIOS A LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE 1998***, Editorial Aranzadi-Thomson Company, Pamplona 2002.
- RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, ***DERECHO PROCESAL CIVIL***, José María Bosch, Editor, S.A., Barcelona, 1995.
- MARTÍNEZ GARCÍA, ELENA, ***LA TUTELA JUDICIAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO***. Iustel-Portal del Derecho, Madrid, 2008.
- FUENTES SORIANO, OLGA, ***EL ENJUICIAMIENTO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO***, Iustel-Portal del Derecho, Madrid 2009.
- GIMENO SENDRA, VICENTE, ***DERECHO PROCESAL PENAL***, Editorial Colex, Madrid 1999.
- SANZ MULAS, NIVES, y otros, ***LEY DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO***, Iustel-Portal del Derecho, Madrid 2008.
- ESCUSOL BARRA, ELADIO, ***EL SISTEMA PENAL POR DELITOS: ESTUDIO SISTEMÁTICO DEL PROCEDIMIENTO PENAL ABREVIADO***, Editorial Colex, Madrid, 1994.
- ***CÓDIGO PENAL***, Editorial Colex, Madrid, 2011.
- MONTERO AROCA, JUAN, ***INTRODUCCIÓN AL PROCESO LABORAL***, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000.