

**73 CRITERIOS¹ ADOPTADOS POR MAGISTRADOS DE AUDIENCIAS
PROVINCIALES CON COMPETENCIAS EXCLUSIVAS EN VIOLENCIA DE
GÉNERO²**

MADRID, 30 DE NOVIEMBRE, 1 Y 2 DE DICIEMBRE DE 2005.

**SEMINARIO DE FORMACIÓN ORGANIZADO POR EL CONSEJO GENERAL DEL
PODER JUDICIAL
PARA MAGISTRADOS PERTENECIENTES A SECCIONES ESPECIALIZADAS EN
VIOLENCIA DE GÉNERO**

**DIRECTORES DEL CURSO: ANA FERRER GARCÍA, MAGISTRADA DE LA
AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID Y VICENTE MAGRO SERVET,
PRESIDENTE DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE**

OBSERVATORIO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO CGPJ.

Día 30 de Noviembre 2005.

9 Criterios adoptados en relación a determinadas cuestiones de competencia que se han suscitado en diferentes órganos judiciales y criterios adoptados en la reunión de Magistrados.

- 1) La **competencia para regularizar la situación de un detenido por hecho relativo a violencia de género presentado fuera de las horas de audiencia** la tiene el Juzgado de Instrucción³, el cual adoptará las medidas oportunas para regularizar la situación, incluso la celebración de la comparecencia del art. 544 ter LECr relativa a la orden de protección en base al art. 54.2 Ley Orgánica 1/2004⁴ remitiendo, luego, lo actuado al Juzgado de Violencia sobre la Mujer.
- 2) Aunque la **denuncia con petición de orden de protección se haya presentado ante el Juzgado de Violencia sobre la mujer, si el detenido es puesto a disposición del JI por hacerlo fuera de las horas de audiencia** tendrá que

¹ La finalidad de la elaboración de este documento de trabajo promovido desde el Observatorio de Violencia doméstica y de género del CGPJ y redactado en la jornada celebrada en Madrid durante los días arriba indicados ha sido la de consensuar, en la medida de lo posible, criterios respecto a cuestiones que se están aplicando en materia de Violencia de género, a fin de conseguir mayor seguridad jurídica en la aplicación de la normativa vigente.

² Todos los acuerdos adoptados en esta jornada se han adoptado por unanimidad, a excepción de los que expresamente se indican que por su interés en conocer los distintos criterios se reflejan en el presente documento. Se han incluido algunos acuerdos por ratificación de los verificados en la reunión de Santander de Jueces de Violencia sobre la Mujer celebrado los días 20 y 21 de Octubre de 2005, en la medida que coincidían con los acuerdos propuestos en esta reunión de Magistrados de Audiencias Provinciales.

³ En adelante, JI.

⁴ En adelante LOVG.

regularizar la situación y, en su caso, atender la concesión de la orden de protección por ser cuestión urgente e inaplazable.⁵ (art. 62 LOVG). Lo normal, de todas maneras, es que la denuncia se formule en comisaría y que se tramite, en su caso, como juicio rápido (ya que es la vía policial para tramitarlo como tal), por lo que una vez concluidas las diligencias policiales será puesto a disposición judicial, que lo será ante el JI de guardia si lo hiciera la autoridad policial fuera de las horas de audiencia o ante el JVM dentro de ellas.

- 3) En el caso de que **no se localice al acusado por delito de violencia de género y, en consecuencia, no pueda celebrarse la comparecencia del art. 544 ter LECr, ello no obsta a que el JI o JVM puedan acordar las medidas cautelares ex art. 544 bis LECr y art. 13 LECr.**, pero no deberán dejar a la víctima en estos casos sin medidas cautelares, en el caso de que se considere la necesidad de su adopción, no siendo obstáculo para su adopción que no haya podido celebrarse la comparecencia del art. 544 ter Lecr, ya que se utilizaría la vía del art. 544 bis LECr.
- 4) **Competencia para conocer del delito de impago de pensiones.** (Art. 87 ter.1, b) LOPJ. Se entiende que la inclusión de la expresión “*como tales*”, incluida en el art. 87 ter.1, b) LOPJ debe entenderse en el sentido de exigir que se trate de víctimas de violencia de género; es decir, que cualquiera de los delitos contra los derechos y deberes familiares no será por sí solo competencia del JVM, sino que requerirá que con carácter previo se haya cometido un delito de los contemplados en el art. 87 ter. 1, a) LOPJ. En consecuencia, cometido de forma aislada un delito contra los derechos y deberes familiares la competencia será del JI, no del JVM. En tal sentido, se requiere que con carácter previo se haya presentado por la mujer una denuncia por un delito de los contemplados en el art. 87 ter.1, a) LOPJ de violencia de género, por lo que la condición de víctima de la denunciante atraería la competencia del delito contra los derechos y deberes familiares, salvo que se presente una denuncia por un delito de violencia de género y se dicte sentencia absolutoria firme, en cuyo caso el posterior delito de impago de pensiones no podría ser nunca competencia del JVM, sino del JI.
- 5) **¿Es competencia del JVM la comisión de un delito de los incluidos en el art. 87 ter.1, a) LOPJ contra descendientes, menores, incapaces, etc siempre que en cualquier momento se haya cometido un delito de violencia de género sobre la mujer o se requiere la unidad de acto.?** Se entiende que para que sea competente el JVM, en primer lugar, que se haya cometido un delito de violencia de género contra la mujer y que antes de que se haya dictado el auto de apertura de juicio oral en el procedimiento abreviado o el auto de conclusión del sumario se haya cometido uno de los delitos citados en el precepto contra los menores. Si se comete primero el delito contra el menor y luego contra la mujer será competente del primero el JI y del segundo el JVM, salvo que haya sido en unidad de acto; es decir, en el mismo momento o secuencia temporal en el que en un hecho violento agrede al menor y a la mujer, en cuyo caso sí que sería competencia del JVM. El adverbio “también” que consta en el apartado 1º exige la unidad de acto aunque sea procedimental , de

⁵ En adelante JVM.

tal manera que si se tramita por juicio rápido la comisión de un delito de violencia de género contra la mujer prácticamente no podría acumularse la agresión al menor, salvo que, como se ha expuesto, no se haya dictado auto de apertura de juicio oral. En este sentido, la actuación aislada delictiva contra un menor no llevará asumida la competencia del JVM por el hecho de que en cualquier momento hubiera sido la mujer víctima de un delito de violencia de género al exigirse esa unidad, aunque sea procedimental en virtud de la exigencia adverbial “también”.

- 6) **El delito de quebrantamiento de condena es competencia del JI, salvo que se cometa al mismo tiempo uno de los delitos contemplados en el art. 87 ter.1, a) LOPJ, en cuyo caso sería competente el JVM.**
- 7) **Si se comete el delito de VG⁶ antes del 29 de junio y se presenta la denuncia tras el 29 de Junio será competente el JVM, no el JI.**
- 8) **Si se comete el delito antes del 29 de Junio serán competentes para conocer de la separación y el divorcio los juzgados de familia, no el JVM.** La disposición transitoria 1ª de la LIVG dispone que todos procesos civiles y penales que se encuentren en tramitación en el momento de la entrada en vigor (29.6.05 para la tutela judicial y la tutela penal) se seguirán por los juzgados que ya están conociendo de los mismos. Por ello, en caso de remisión al JVM, debe registrarse y dictar el correspondiente auto rechazando la inhibición y elevar la correspondiente exposición razonada ante el órgano superior común para que resuelva la cuestión de competencia.⁷
- 9) **Si la orden de protección se ha dictado antes de la entrada en vigor la LOVG por un JI ocurre lo mismo. La competencia civil de los JVM es accesoria a la penal,** tal y como se desprende de los cuatro requisitos simultáneos que exige el número 3 del art. 87 ter de la LOPJ. En consecuencia, si la OP se ha dictado por el JI puesto que aún no se habían constituido los JVM, es al órgano civil (Familia o de Primera Instancia) que en el momento de dictar la OP tenía competencia en materia de familia ante quien se debe seguir el procedimiento civil. El plazo de 30 días debe entenderse que se refiere a 30 días hábiles puesto que se trata de un plazo procesal y al igual que se ha venido interpretando el mismo plazo en el caso de medidas provisionales previas previsto en el artículo 771.5 de la LEC.

Días 1 y 2 de Diciembre 2005.

15 criterios adoptados en materia de Derecho Procesal Penal y Orgánica en Violencia de género

⁶ Delito de violencia de género del art. 87 ter,1, a) LOPJ.

⁷ Se ratifica el criterio adoptado en las jornadas de Santander de fecha 20 y 21 de Octubre de 2005.

1) ¿Es necesaria la convivencia con los posibles sujetos pasivos nominados en el art. 87 ter LOPJ para atribuir la competencia a los JVM?

Debe entenderse que sí con excepción de la esposa del autor de la infracción penal, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, pues en este caso la norma excluye expresamente ese requisito.

Entendemos, precisamente por la redacción del precepto y la excepción en él presente, que en el caso de los “otros posibles sujetos pasivos”, debe concurrir la convivencia.

2) ¿Puede ser víctima un homosexual o un transexual antes de haber procedido a la inscripción registral de cambio de sexo.

No. Se exige que sea mujer la víctima. Art. 87 ter 1, a) LOPJ.

3) ¿ El agresor solo puede ser un hombre ?.

La redacción del art. 1 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, parece indicar que autor solo puede ser un hombre y víctima una mujer, con la salvedad de los menores como luego veremos.

Enuncia el precepto citado que el objeto de la Ley es actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación , la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. Pues bien, un transexual, una vez inscrito en el registro el cambio de sexo de hombre a mujer, puede ser víctima; como también un hombre.

4) ¿Cuales son los recursos que cabe interponer contra las medidas de orden civil que se adoptan dentro de las órdenes de protección del art. 544 ter LECri.?

Pueden surgir dudas sobre si rigen en esta materia las normas establecidas en la LEC, y por consiguiente interpretar que contra las medidas de naturaleza civil, incluidas en la Orden de Protección, no cabe recurso alguno, o por el contrario entender que se trata de una resolución penal en la que la norma aplicable es la procesal penal.

El art. 87 ter.1 establece que “Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos:

...

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

Por lo tanto, entendemos que los recursos son los previstos en la LECri.

Otra cosa es que el efecto jurídico sea nulo, ya que se darán dos circunstancias: o bien habrán caducado las medidas o iniciado procedimiento civil, con lo que sería ineficaz en este último caso el recurso.

5) ¿Ante que órgano jurisdiccional habrá de interponerse el Recurso de Reforma contra el Auto que otorga o deniega una Orden de Protección, dictada por el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia.?

Entendemos que en todo caso y por aplicación de lo dispuesto en el art. 219 LECri. se interpondrán ante el mismo Juez que hubiere dictado el Auto. Por lo tanto, si los autos han sido remitidos al Decanato para su reparto entre los Juzgado de Violencia Sobre la Mujer, será el Juzgado quien, en su caso, admita el recurso o lo reenvíe al Juzgado que conozca de la causa para la resolución del Recurso de Reforma, y tramitación, en su caso, del Recurso de Apelación.

6) El art. 87 *ter.3 d)* LOPJ atribuye a los JVM competencia en el orden civil sobre las materias que cita en el núm. 2, cuando alguna de las partes sea víctima de violencia de género, siempre que se hayan iniciado ante el JVM actuaciones penales. ¿Qué quiere decir “actuaciones penales”? ¿Cuándo se inicia el proceso penal?.

Parece, pues, que se precisa no solo la afirmación de haber sido sujeto pasivo de violencia de género, sino víctima; es decir, que se haya dictado Orden de Protección o emitido informe por el Ministerio Fiscal indicativo de la existencia de indicios de que “la parte” es víctima de esa violencia. Pero lo dicho debe matizarse por la redacción dada al art. 49 bis LEC, puesto que el deber de inhibirse del Juez de 1º Instancia no surge en exclusiva con la noticia de la Orden de Protección, sino con la mera noticia de inicio de un proceso penal por la comisión de un acto de violencia de género .

Pueden surgir dudas sobre qué debe entenderse por “proceso penal”, ya que podemos estar refiriéndonos a una denuncia, al Auto de Incoación de Diligencias Previas o a la existencia de una imputación formal. Pues bien. A ese respecto entiendo que para la concurrencia del “proceso penal” es imprescindible que se halla iniciado una actividad procesal sobre un acto de violencia de género, y, además, imputado al marido, conviviente, etc.

7) La adopción de medidas de protección al amparo de la L.I.V.G. exigen la determinación de un plazo. ¿Debe concretarse éste por días determinados?

La necesidad de un plazo aparece vinculada a la proporcionalidad de una medida que es limitativa de derechos. El artículo 61 de la L.I.V.G introduce el presupuesto de la temporalidad, pero no concreta cual debe ser éste plazo, ni tampoco lo hacen los arts. 544 bis y ter de la L.E. Criminal. Este último sólo hace mención al plazo respecto de las medidas civiles que pueda adoptar el Juez Penal en la orden de protección. Parece que lo más acorde a la naturaleza de las medidas es que se fijen por un plazo determinado, con día concreto de vencimiento. Esta posibilidad no excluye que, en su caso pudiera procederse a su prórroga, pero siempre revisando los presupuestos que justifiquen su mantenimiento.

No establece la Ley un tiempo máximo de duración de éstas medidas, pero en cualquier caso habrá de entenderse que, por su carácter excepcional y en virtud del principio de proporcionalidad, sólo podrá subsistir mientras estén justificadas, y en relación a aquéllas que tienen su correlativa previsión como pena medida de seguridad, nunca su duración puede exceder de la de éstas.

En caso de que no se establezca un plazo concreto de duración de las medidas, como mínimo habrá de concretarse su duración temporal en relación a determinadas fases del procedimiento, lo que exigiría que en los momentos claves del mismo se efectuara una valoración respecto a su mantenimiento o no. Por ejemplo, en el auto de procesamiento o en su caso en el auto de apertura del Juicio Oral.

Las medidas pueden prolongarse incluso hasta después de sentencia y durante la tramitación de los recursos. Y en ese caso sí determina la Ley que debe hacerse constar tal mantenimiento en la sentencia.

Aunque no lo dice la Ley, sí sería procedente que la adopción de estas medidas diera lugar a la incoación de una pieza separada que permitiera de una manera más efectiva el control y supervisión de las mismas.

8) La medida de suspensión del régimen de visitas, coincide con la prevista en el arts. 544 ter de la L.E.Cr.

El artículo 66, bajo la rúbrica de la medida de suspensión del régimen de visitas concluye que el juez podrá ordenar la suspensión de visitas del inculpado por violencia de género a sus descendientes. Esta es una de las medidas de carácter civil que prevé la orden de protección y como tal subsiste con el régimen legal que a esta corresponde. Sin embargo, la novedad del precepto radica en que por primera vez se prevé la posibilidad de que tal medida pueda adoptarse como cautelar en un proceso penal, con sometimiento a los presupuestos que con carácter general se recogen en el Capítulo que nos ocupa. Entre otros, podrá ser acordada de oficio por el juez o a instancias de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, y no solo a instancias de aquellas o el Ministerio Fiscal; y habrán de estar sometidas a plazo en la causa penal, con independencia de que se presente o no demanda que inicie un proceso de familia. En todo caso habrá de valorarse el interés de los menores afectados.

9) ¿Qué medidas se están adoptando para la efectiva protección de los datos de las víctimas?

El Art.63 de la Ley 1/2004 exige que la intimidad de las víctimas se proteja; en especial sus datos personales, los de sus descendientes y personas bajo su guarda. Instamos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a que se adopten desde las primeras diligencias policiales las oportunas medidas de la citada protección. Además se propone que a fin de garantizar la debida protección a la víctima en el caso de cambio de domicilio o de la

solicitud de la víctima de preservar sus datos se incoe una pieza separada en donde estos datos a los que no pueda acceder el acusado, por lo que se debe recomendar esta vía a los JVM de la incoación de pieza separada que ya se ha recomendado en Navarra.

10) El domicilio de la víctima a efectos de competencia territorial: ¿alguna acreditación por parte de la víctima de cual es actualmente su domicilio? ¿ha de ser el del último domicilio conyugal? ¿ Y si después cambia de domicilio?⁸

Una de las novedades más sobresalientes en materia de competencia territorial que introduce la LIVG es, sin duda, la del cambio de criterio general en materia de fuero territorial (art. 15 bis de la LECRIM). Se establece como norma general la del domicilio de la víctima. Ello se explica por la necesidad de facilitar el acceso de la víctima al órgano judicial a lo largo del proceso y es coherente con la voluntad del legislador de posibilitar vía art. 64.1 de la LIVG la salida del inculpado del domicilio de la pareja o unidad familiar. Sin embargo, pueden existir riesgos de este fuero territorial que no se pueden desconocer como pueden ser los cambios sucesivos de domicilio o la provisionalidad del domicilio como factor de inseguridad procesal. Por ello se ha entendido como más conveniente para neutralizar aquellos riesgos y obtener un cumplimiento del artículo 15 bis de la LECRIM el establecer como criterio el de que sea JVM competente el del domicilio real (no el administrativo) de la víctima en el momento de la comisión de los hechos, sea cual fuere éste último (pueden haber sucedido los hechos en el lugar de vacaciones de la pareja). Y además resultaran intrascendentes desde el punto de vista procesal los cambios posteriores de domicilio de la víctima, puesto que ello sería incompatible con la necesaria seguridad jurídica y del derecho al juez predeterminado por la ley y motivo de dilaciones constantes.

En el supuesto de tener su domicilio en el extranjero podrá ser tenido como fuero territorial el del domicilio accidental en el que se encuentra en España (como puede ser frecuente en caso de vacaciones estivales).

Por ello, debemos RECOMENDAR en este campo la necesidad de establecer al menos en todas las capitales de provincia los elementos materiales que permitan las actuaciones procesales a través de videoconferencia puesto que si la comisión de los hechos ha tenido lugar en otro partido judicial distinto al del JVM competente, la ausencia de aquel medio técnico dificulta sobremanera la agilidad en la tramitación de la causa y aumenta de manera evidente los costes del proceso y las molestias a todos los ciudadanos y ciudadanas que deben colaborar con la Administración de Justicia.

11) Juzgado de Guardia – JVM. “actuaciones urgentes e inaplazables” ¿sólo fuera de las horas de audiencia?⁹

⁸ Se ratifica este acuerdo adoptado en el curso de Santander de 20 y 21 de Octubre de 2005.

⁹ Vid ut. Santander.

Se debate sobre la cuestión y se llega a la unánime conclusión que el JI de Guardia debe realizar todas las actuaciones urgentes e inaplazables (levantamiento de cadáver, entrada y registro, y demás primeras diligencias de instrucción que resulten procedentes al amparo del art. 13 de la LECRIM) independientemente que se trate o no de horas de audiencia. En efecto, el artículo 40.1 primer párrafo del Acuerdo Reglamentario 1/2005 por el que se modifica el Reglamento 5/1995, no incluye la limitación temporal de las horas de audiencia, como lo hace por el contrario en el número 4 del mismo artículo 40 para fijar la competencia del JG para regularizar la situación de los detenidos o adoptar la correspondiente orden de protección.

12) Inhibición del Juzgado de Guardia una vez adoptadas las medidas pertinentes ¿ a qué JVM?¹⁰

Unánimemente se coincide en que el JG debe inhibirse al JVM que sea territorialmente competente sin que sea procedente hacerlo al JVM de su partido judicial para que a su vez sea éste el que se inhiba a favor del territorialmente competente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15 bis de la LECRIM.

13) Remisión sentencia penal absolutoria antes de los 30 días para interponer demanda civil, ¿competencia civil del JVM?¹¹

Si en el momento de resolver sobre la admisión de la demanda civil interpuesta dentro de los 30 días –entendemos que deben ser hábiles, por tratarse de un plazo procesal – ya tenemos conocimiento de la existencia de una sentencia penal absolutoria firme contra el hombre, ya no concurren todos los requisitos simultáneos previsto en el número 3 del art. 87 ter de la LOPE y en aplicación del número 4 del mismo artículo ya podemos decidir que no concluye de “forma notoria” que se esté ante un supuesto de VG y por ello debemos inadmitir la pretensión e inhibirnos a favor del juzgado civil que sea competente.

<i>Art. 419 LECr.</i>

14) La imposición de multas a las víctimas de violencia de género por su incomparecencia a los juicios.

A raíz de la especial situación que sufren las víctimas de violencia de género deberían intensificarse las políticas informativas antes expuestas, pero sabemos que nos encontramos con casos en los que las víctimas de violencia de género no comparecen al día del juicio y puede acordarse la imposición de una multa por la incomparecencia. En estos casos debería valorarse la situación que padecen estas víctimas a la hora de adoptar las multas fijadas en el art. 419 LECr, ya que no siempre tendrán que imponerse al tener que atender a las circunstancias que han determinado la incomparecencia.

¹⁰ Vid ut. Santander.

¹¹ Vid ut. Santander.

Art. 416 LECr.

15) Se plantea el problema de si la víctima de violencia de género se puede amparar en el art. 416 LECr para no declarar en el juicio oral después de haber sido ella la que ha presentado la denuncia y puesto en marcha la maquinaria de la justicia. Incluso, si habría que llegar a la nulidad de actuaciones si el juez instructor no hizo a la víctima de violencia de género la advertencia de su derecho a no declarar.

Se entiende que la víctima (incluyendo las parejas de hecho) pueden ampararse en el art. 416 LECr, aunque la inobservancia de la advertencia en la instrucción no determina la nulidad por la tácita renuncia de la propia presentación de la denuncia. Se recomienda que se inste a las Administraciones competentes en esta materia, a fin de que se incrementen las medidas materiales y humanas de atención a la víctima para evitar que se ampare en este derecho por cuestiones distintas a su propia voluntad. Por ello, la atención directa a la víctima desde el mismo momento de su comparecencia en comisaría o comandancia de guardia civil, o JI o de JVM, en su caso, requiere de una ayuda psicológica y asistencial que evite que más tarde pueda tomar decisiones mediatizadas por su propia situación de víctima.

Se entiende fundamental esta primera asistencia a la víctima cuando se decide a presentar la denuncia, ya que en caso contrario podría sentir la denominada “victimización secundaria” en caso de ausencia de atención y protección de la Administración desde estos primeros momentos que son claves para la víctima para el devenir futuro de su actuación ante este problema que ha venido sufriendo.

11 Criterios adoptados en materia de Derecho Procesal Civil en Violencia de género

1) La inhibición del juez civil en favor del juez de violencia, "salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral".

Existe coincidencia de criterio en que la interpretación seguida por la Guía del Observatorio del CGPJ conforme a la cual debe interpretarse que si en el momento en que se recibe la inhibición remitida por el JVM el proceso civil ya ha señalado la vista oral o la comparecencia para la ratificación del convenio de mutuo acuerdo no procede aceptar la inhibición. Puesto que solo se consigue perjudicar a la mujer si se frustra el procedimiento civil cuando ya se haya celebrado cualquiera de esos dos acontecimientos procesales y aquella debe quedar a expensas de un futuro señalamiento del JVM. En consecuencia, si ya ha acontecido la resolución judicial civil fijando fecha, todo lo que acontezca posteriormente incluida la ejecución civil (vía artículo 545.1 de la LEC) es competencia del juez civil. Por ello se comparte la opinión que la interpretación de la Guía es la más ajustada a la voluntad del legislador de buscar la agilidad en los procedimientos que afectan a la mujer y a sus hijos.

También merece destacarse el supuesto de que si en el momento que se presenta la demanda civil (dentro de los 30 días de las medidas civiles de la OP) se ha dictado ya sentencia penal absolutoria o bien auto de archivo, debe el JVM seguir el procedimiento civil que ahora se le presenta. Se concluye que en este supuesto ya no concurren todos los requisitos simultáneos previstos en el número 3 del 87 ter de la LOPJ y por ello en aplicación del número 4 del mismo artículo, debe el JVM inadmitir la pretensión civil y remitirla al juzgado competente o al Decanato para su reparto entre los juzgados de la jurisdicción civil.

Sin embargo, si ya iniciada la tramitación del procedimiento civil subsiguiente a las medidas civiles de la OP, llega a conocimiento del JVM la finalización del proceso penal sin condena, no puede remitir el procedimiento en los mismos términos que lo debe hacer el J civil por el artículo 49 bis de la LEC porque no está prevista en la LIVG aquella pérdida de jurisdicción del JVM. Por ello RECOMENDAMOS que el legislador contemple la posibilidad de introducir esta causa de pérdida de competencia del JVM a la inversa puesto que ya parece injustificada la necesidad de su intervención excepcional y accesorio a la penal en un tema exclusivamente civil, sin perjuicio de modular aquella causa de pérdida de competencia de manera que no se perjudique a la mujer.

La Guía Práctica elaborada por el Grupo de Expertos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, designados por el Consejo General del Poder Judicial, considera que la referencia del artículo 57 de la nueva Ley (que introduce en la Ley de Enjuiciamiento Civil el artículo 49 bis) a la fase del juicio oral ha de entenderse aplicable al procedimiento civil, que no al penal. Por lo que se concluye que, desde la providencia citando a juicio, no cabe la remisión al JVM.

El momento clave es la *providencia citando a las partes a juicio civil*. (se significa este momento como el referente a la expresión “salvo que se haya iniciado la fase de juicio oral”, ya que hay que concretar este momento procesal de forma clara. Al menos, establecer un concreto criterio que transmita seguridad jurídica en estas situaciones y evite disparidad de criterios.

2) ¿Hasta qué momento de la tramitación del procedimiento en el juzgado de primera instancia puede acordarse la remisión al juzgado de violencia?

Dependerá de la solución que haya de darse al anterior problema.

Si se entiende que la "fase de juicio oral" queda constreñida al proceso penal, parecería que la remisión ha de hacerse con independencia del estado de la tramitación en el Juzgado de Primera Instancia, ya que el artículo 49 bis-1 L.E.C. dispone que se remitirán los autos "en el estado en que se hallen". Igualmente el apartado número 3 de dicho precepto dispone que el JVM requerirá de inhibición al Tribunal Civil, el cual deberá acordar de inmediato su inhibición y la remisión de los autos tal órgano requirente, sin hacer matización alguna en orden al estado en que tal procedimiento se encuentre.

Pero la lógica jurídico-procesal ha de propiciar un criterio distinto, pues de asumirse la literalidad del precepto examinado llegaríamos a supuestos extremos, en los que ya se hubiese celebrado por el Juez civil la vista del pleito, que estaría pendiente tan sólo de sentencia, y ésta no puede ser dictada por un Juez distinto (artículo 194). Resultaría igualmente contraria a los más elementales principios de economía procesal la reiteración de todas las actuaciones ante el JVM.

Por lo cual, pero no por aplicación del artículo 49 bis en su referencia a la fase de juicio oral, ha de entenderse que una vez señalada la vista por el Juez civil, ya no puede remitir las actuaciones al JVM. Entenderlo de otro modo implicaría la suspensión de la vista, por causa no contemplada en el artículo 188 del mismo texto legal.

Se entiende que debe seguirse el mismo criterio en el apartado 3º y en el 1º del art. 49 Bis LEC respecto a la interpretación de la fase juicio oral, por lo que el límite es la providencia citando a las partes al juicio civil.

3) Procedimiento en fase de ejecución ante el juzgado civil coincidente con el inicio de un proceso penal

Como consecuencias de los criterios y a mayor abundamiento, aunque no se haya iniciado la fase de juicio oral, entiendo inaplicable el artículo 49 bis, y ello en virtud de lo prevenido en el artículo 545 de la misma.

4) ¿Hasta qué momento de la tramitación del procedimiento penal el JVM puede acordar la remisión del procedimiento civil al juzgado de primera instancia (art. 87 Ter-4 LOPJ)

Dado que dicho precepto establece que cuando el Juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de genero, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente, parece que tal posibilidad ha de constreñirse a aquellos supuestos en que, sin practicar ninguna diligencia, el JVM archiva las actuaciones por considerar que no existe infracción penal.

En otro caso, y una vez asumido inicialmente el conocimiento del asunto civil, se produciría la perpetuatio iurisdictionis, por lo que no puede supeditarse la remisión al resultado de las diligencias acordadas en sede del procedimiento penal esto es al sobreseimiento o la absolución.

5) ¿El apartado 2 del artículo 49 bis LEC implicará la paralización del procedimiento civil?

En principio, y conforme a dicho precepto, el Juez civil habrá de seguir conociendo del asunto hasta que, en su caso, sea requerido de inhibición por el JVM.

Pero, en cuanto una vez señalada la vista, ya no podría accederse al requerimiento de inhibición parece conveniente paralizar el procedimiento civil hasta que se resuelva lo pertinente por el JVM.

Ello conllevaría un problema añadido, referente al tiempo de paralización del procedimiento civil, ante el silencio o la demora del JVM.

En el supuesto de que el Juez civil haya continuado la tramitación normal del procedimiento, no deberá acceder al requerimiento de inhibición a partir del momento en que haya señalado vista.

6) ¿El juez civil debe acceder automáticamente al requerimiento de inhibición que le dirige el JVM? (art. 49bis-3 LEC)

De la literalidad de dicho precepto parece desprenderse que el Juez civil no puede negarse, en ningún caso, al requerimiento de inhibición ("deberá acordar de inmediato su inhibición y la remisión de los autos al órgano requirente") hasta la citación a la vista del juicio civil.

7) Procedimiento civil entablado tras dictarse sentencia penal condenatoria

Sería competente el JVM hasta la extinción de la responsabilidad penal.

8) Procedimiento de modificación de medidas, respecto de sentencia dictada por el juzgado civil, cuando se haya producido un acto de violencia generador de un proceso penal ¹² aun en el caso de que se hubiere dictado por el juez de familia o de primera instancia.

En principio, y conforme mantiene el Tribunal Supremo en Auto de 10 de octubre de 2001, la competencia correspondería al mismo Juzgado que dictó la sentencia que se intenta modificar.

Pero ello choca con las previsiones del artículo 49 bis L.E.C., en relación con el 87 ter L.O.P.J., que atribuye a los JVM la competencia exclusiva y excluyente para conocer, en tales supuestos, de los procedimientos de modificación de medidas de trascendencia familiar. Tal solución puede, sin embargo, originar problemas en la fase de ejecución, al corresponder la misma a Juzgados distintos, respecto de medidas íntimamente relacionadas entre sí.

Por ello, la competencia sería del JVM por cuanto lo señala expresamente el artt. 87 ter LOPJ.

9) Juzgado que ha de conocer la liquidación del régimen económico

¹² Se adopta por mayoría de 18 a 3.

El artículo 807 L.E.C. atribuye la competencia al mismo Juzgado que declaró la disolución de la sociedad económica, lo que se produce por la firmeza de la sentencia que puso fin al procedimiento matrimonial.

Por ello, y aunque no vengán relacionados los procedimientos liquidatorios en el artículo 87 ter L.O.P.J., ha de concluirse que de los mismos deberá conocer el JVM que haya dictado la sentencia de separación, divorcio o nulidad .

10) Determinación de la competencia territorial en los supuestos del apartado número 4 del artículo 87 ter LOPJ.

A tenor del artículo 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la competencia en tal ámbito corresponde al JVM del domicilio de la víctima o, en su caso, al Juez del lugar de comisión de los hechos.

El artículo 769 de la Ley de Enjuiciamiento Civil admite la posibilidad de diversos foros alternativos, a elección del demandante.

Si el JVM aprecia que los hechos denunciados no constituyen expresión de violencia de género ¿a qué Juzgado de Primera Instancia habrá de remitir el procedimiento civil? Si en la demanda la actora no hubiere hecho la correspondiente elección, parece necesario un trámite previo ante el JVM para el ejercicio de dicha opción.

11) Cauce procesal para resolver los conflictos, positivos o negativos, de competencia entre el juzgado de violencia y el de primera instancia

Nada establece, al respecto, la Ley Orgánica 1/2004, partiendo quizás de la idea de que no se pueden producir conflictos, al haber de prevalecer siempre la decisión del JVM, y no poder plantearse por las partes la declinatoria (artículo 49 bis L.E.C.).

Pero, como se ha expuesto en los apartados anteriores, ello no es así, y son múltiples las hipótesis en que van a surgir cuestiones de competencia, suscitadas por los propios Juzgados.

Habremos de acudir, en tales supuestos, a las previsiones del artículo 46 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su remisión a la regulación de las cuestiones de competencia, lo que habrá de determinar la aplicación del artículo 60, sobre conflicto negativo de competencia territorial.

38 Criterios adoptados en materia de Código Penal y Violencia de género.

1) Art. 49 CP. Criterios de imposición en juicio oral de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

Habida Cuenta que el art. 49 CP exige el consentimiento del penado para la imposición de la pena de trabajos en beneficio de la Comunidad se está detectando el problema de que si se opta por imponer tan solo la pena de TBC y luego el penado no consiente no se podrá cumplir ninguna pena. Por otro lado, en la Audiencia se duda de que sea viable imponer en sentencia la pena de TBC señalando que si no se consiente en el trabajo se aplique la de prisión, ya que no se pueden imponer penas condicionadas.

Tampoco puede imponerse la pena de prisión o la de TBC en la sentencia por no ser posible la imposición de penas alternativas.

Por ello, la opción pasaría, por un lado, por las situaciones de conformidad con la pena de TBC, en cuyo caso ya se está prestando el consentimiento y no podría negarse, en cuyo caso cometería un delito de quebrantamiento de condena , o bien, por interesar del acusado en el juicio oral, y al comienzo del mismo, que pudiendo imponerse alternativamente la pena de TBC manifestase su conformidad en el supuesto de condena a la imposición de dicha pena, con lo cual se daría cumplimiento a la exigencia del art. 49 CP que condiciona la posibilidad de imposición de dicha pena al consentimiento del acusado, por lo que se propondría que después de preguntado sobre la conformidad respecto de comisión de delito y pena interesada se le formulase la siguiente pregunta:

Vista la calificación formulada en los escritos de las partes acusadoras y las penas correspondientes a los delitos – o a las faltas- objeto de acusación, de acuerdo con los arts... del CP; ¿aceptaría el acusado en caso de condena la imposición de la pena de TBC comprendida en dichos preceptos?

De todas maneras, esta Sección 1ª AP Alicante ha dictado sentencia de fecha 6 de Junio de 2005 (sentencia nº 408) en la que se explicita con claridad la mecánica que debe seguirse para resolver el problema del consentimiento del penado a la pena de TBC, lo que puede verificarse antes de que concluya el juicio, cuando a preguntas del Ministerio Público se le interrogue, también a su conclusión, si en el caso de imponerse la pena de TBC consentiría en la misma, con lo que se resuelve el problema de que si en la sentencia solo se le condena a la pena de TBC la ausencia posterior de consentimiento dejaría el hecho impune. Ante la opción de que se impusiera una alternatividad en la pena (TBC como principal y caso de no aceptar la que fijara el CP) se ha descartado optándose por esta vía de conseguir, en su caso, el consentimiento en el juicio oral. Por ello, si no aceptara la pena a imponer sería la alternativa que fijara el CP para ese caso concreto.

2) ¿Qué ocurriría en el caso de que el juez penal imponga pena de prisión y el recurrente interese que se imponga la pena de TBC?

Habría que citar al penado en la Audiencia al objeto de que en una comparecencia consintiere de forma personal con esta petición, ya que al exigirse el consentimiento personal debería adoptarse esta cautela para el supuesto de que la Sala entendiere viable la imposición de la pena de TBC en lugar de la de prisión, ya que en caso de no hacerlo podría alegar el penado que no consintió con la pena de TBC, ya que el recurso del letrado no sustituye la exigencia de la opción personal del penado.

Art. 57 CP

3) El Art. 57.2 CP se refiere, para aplicar de forma preceptiva la medida de alejamiento, a “los delitos señalados en el apartado 1”, en lugar de referirse a los títulos ¿Cuáles son estos delitos que permiten aplicar de forma obligatoria la pena de alejamiento?

Pues los que constan en el art. 57.1 CP; es decir, los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad o indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio, el honor, el patrimonio, y el orden socioeconómico.

El problema que surge aquí es si se deben incluir en este caso los supuestos contemplados en el art. 153 CP (incluido en el Título III, De las lesiones, del Libro II CP) en los que no existen lesiones causadas en la víctima, por ejemplo los casos de maltrato de obra sin causar lesión, o si cabría incluir, también, los de amenazas o coacciones.

La respuesta debe ser positiva, ya que cuando el art. 57.1 CP se está refiriendo a delitos de... para luego describirlos, lo está haciendo en relación a los títulos del Código Penal incluidos en el Libro II. Ciertamente es que la redacción debía haberse mejorado y que en lugar de hacer mención a la expresión «delitos de», hubiera sido más acertado hacer mención a los delitos incluidos en los Títulos siguientes, que es lo que en realidad está describiendo, y no delitos estrictamente.

En efecto, entendemos que la referencia que consta en el art. 57.2 CP se extiende a todos los delitos relacionados con la violencia doméstica, de tal manera que ante cualquiera de las conductas incluidas como competencia de los nuevos Juzgados de Violencia de género que entraron en vigor a partir del día 29 de junio, tanto los Juzgados de lo penal como las Secciones penales especializadas de las Audiencias Provinciales deberán imponer la pena de alejamiento en todos los tipos penales incluidos en los Títulos que recoge el art. 57.1 CP, aunque de forma impropia se refiera a «delitos de».

4) ¿Hace falta que exista petición expresa de la fiscalía o acusación particular para que se imponga la pena de alejamiento?

Entendemos que al tratarse de pena accesoria no tiene que venir precedida de petición de condena del Ministerio Fiscal o de la acusación particular. Pero, en definitiva, tanto el maltrato de obra sin causar lesión como las amenazas o coacciones quedan bajo la imposición obligatoria en sentencia de la pena de alejamiento del art. 48.2 CP.

Pero no solamente en los casos de delitos, sino que también en la única falta de violencia de género que queda tras la aprobación de la LO 1/2004, la injuria o vejación injusta de carácter leve, se deberá imponer la pena de alejamiento, ya que así lo dispone el ap. 3.º del art. 57, que señala que

«3. También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el art. 48, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los arts. 617 y 620.»

5) ¿La conformidad en el juzgado de guardia conlleva también de forma preceptiva la imposición de la pena de alejamiento?

Hay que recordar que, por un lado, la redacción del art. 57.2 CP es clara al imponer de forma obligatoria en los casos de violencia de género la pena de alejamiento con una duración de hasta diez años si el delito fuera grave y de cinco años si fuera menos grave.

Así, son delitos graves según el art. 13.1 CP las infracciones que la Ley castiga con pena grave, es decir, según el art. 33.2 a) CP la prisión superior a cinco años (modificado en la Ley 15/2003) y son delitos menos graves (art. 13.2 CP) las infracciones a las que la Ley castiga con pena menos grave, es decir, según el art. 33.3 a) CP la prisión de tres meses a cinco años (modificado en la Ley 15/2003), por lo que, por ejemplo, en los casos de hechos de violencia de género de los arts. 153, 171, 172 y 173 CP, por ejemplo, sancionados con pena de prisión inferior a cinco años se impondrá, siempre, la pena de alejamiento por tiempo de hasta cinco años.

Sin embargo, en los casos de conformidad hay que recordar que también la Ley 15/2003, de 25 de noviembre, ha modificado el art. 801 LECrim., respecto a los requisitos a observar en la práctica de la conformidad, de tal manera que esta conformidad ante el juez de guardia requiere que (art. 801.2.º LECrim.) los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de diez años, como puede ser la pena de alejamiento. Así, los delitos antes citados de violencia de género son aptos para ser incluidos en los casos en los que se permite la conformidad en la guardia.

6) ¿Conllevaría la rebaja de la pena por la conformidad la rebaja, también, de la pena de alejamiento?¹³

(6 Magistrados opinan de la siguiente manera).

Sabido es, además, que la conformidad determina que se alcance la posibilidad de rebajar la pena solicitada hasta reducirla en un tercio, pudiendo imponerse pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal. Ahora bien, si en los delitos de violencia de género citados podría darse el caso de que se admitiera esta reducción de la pena en cuanto a la pena de prisión, pudiendo rebajarse por debajo del mínimo previsto que podría ser la pena de seis meses de prisión en los nuevos tipos penales introducidos en la LO 1/2004 que entra en vigor el 29 de junio, lo cierto es que entendemos que esta reducción en la pena para el logro de la conformidad no alcanza la pena de alejamiento y que tenga que reducirse

¹³ En este caso no hubo unanimidad pero se recogen ambas posturas por el interés de las vías propuestas.

la interesada inicialmente (que podría llegar hasta los cinco años de alejamiento al tratarse de delitos menos graves sancionados con pena menos grave).

Y ello por cuanto la pena de alejamiento está configurada como pena privativa de derechos en el art. 39 g) CP (Ley 15/2003) por remisión al art. 48.2 CP (Ley 15/2003) y art. 57.2 CP, por cuanto esta pena de alejamiento no queda afectada por la conformidad del penado, al referirse a una pena de carácter proteccionista de la víctima que simplemente trata de garantizar que el agresor no se acerque al entorno de la persona a la que ha agredido.

Es decir, que una cosa es la conformidad centrada en la pena impuesta como principal privativa de libertad, o reducida en la medida operada en la conformidad del art. 801 LECrim., y otra la pena privativa de derechos que debe mantenerse en los márgenes que el CP permite al juez imponer al penado, sin que sea preciso que en estos casos tenga que producirse la reducción en el tercio de la pena inicialmente prevista, ya que el juez podrá imponerla con el tope de cinco años en los casos a los que ahora nos referimos.

Nótese que la filosofía que impregna la pena de alejamiento es que siempre debe imponerse por encima de la pena de prisión en su duración. Recordemos, así, que el art. 57.1 párrafo 2.º CP incluye esta previsión de que la pena de prisión y la pena de alejamiento se cumplirán de forma simultánea y este párrafo prevé la obligación de que la pena de alejamiento sea superior en el tiempo a la de prisión al señalarlo expresamente; lo hará por un tiempo superior, señala el precepto.

Con ello, la conclusión de la no afectación del alejamiento por la conformidad del penado en la guardia es una medida de protección a la víctima que el Ministerio Fiscal y el Juez de guardia tienen que tutelar en beneficio de la víctima, ya que una cosa es que el agresor se conforme con una reducción en la pena de prisión, que tiene una afectación personal, y otra que por esa conformidad tenga que perjudicarse a la víctima al ver reducida su arco temporal de protección si se optara por aplicar, también, una reducción del tiempo de condena a la pena de alejamiento en los supuestos de conformidad.

12 Magistrados opinan que se deben reducir ambas penas, la de prisión y la de alejamiento por coherencia con la propia regulación de la conformidad que determina la reducción de la pena sin distinguir entre las penas, ni dar opción a que se permita la no reducción en la pena de alejamiento.¹⁴

7) Alejamiento como medida cautelar y posterior pena de alejamiento. ¿se abona el tiempo de la cautelar en la liquidación final? ¿hay que imponer la duración de la pena por tiempo superior a la prisión calculando la duración del alejamiento como cautelar?

En primer lugar, hay que señalar que cuando se adopta una medida cautelar de alejamiento a favor de la víctima mediante el correspondiente auto acordando la orden de protección, su extensión dura hasta que el proceso ha concluido y se ha dictado sentencia,

¹⁴ Más 6 abstenciones.

entendiendo que el tiempo en el que ha existido el alejamiento como medida cautelar debe abonarse en la liquidación de la pena, de tal manera que si hasta que la sentencia en la que se incluía la pena de alejamiento ha sido firme ha existido medida cautelar de alejamiento, este tiempo debe computarse en la extensión del alejamiento.

Por ello, cuando el juez penal imponga la pena de alejamiento debe efectuar el cálculo oportuno para que aplicada la liquidación del alejamiento como medida cautelar la pena sea de una duración superior a la pena de prisión impuesta en aplicación de lo dispuesto en el párrafo 2.º del ap. 1.º del art. 57 CP, ya que en los casos de violencia de género ya expuestos, al tratarse de delitos menos graves sancionados con pena de prisión inferior a cinco años, la pena de alejamiento no será superior a los cinco años y en este cálculo de imposición debe tener en cuenta el periodo de la medida cautelar para que al final sea superior el alejamiento a la prisión.

Nótese que la pena de alejamiento no le supone al penado ninguna afectación personal más allá de que no puede acercarse a la víctima, por lo que supone una privación de derechos, cuanto menos específica, en la relación agresor-víctima, de tal manera que en su esfera de movimientos y afectación a su libertad le supone la imposibilidad de acercarse a la víctima. Ahora bien, esta medida está más cualificada como una protección hacia esta última que como una limitación real al penado, ya que en teoría es una pena de fácil cumplimiento, salvo que la insistencia del penado en acercarse a la víctima tenga que ser combatido por el ordenamiento jurídico y la Administración de Justicia mediante medidas privativas de libertad por el ingreso en prisión del agresor al no haber tenido efecto la posible suspensión de la ejecución de la pena adoptada por la comisión del primer delito.

Así, una vez concedida la primera oportunidad, el Estado de Derecho debe actuar para que el agresor perciba que el acercamiento a la víctima tras haberse dictado la pena correspondiente debe llevar consigo la medida de prisión provisional en aplicación de lo dispuesto en el art. 503.1.3.º introducido por la LO 12/2003, de 24 de octubre, ya que se podrá acordar la prisión provisional cuando se persiga alguno de los siguientes fines:

«c) Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 del Código Penal. En estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado.»

Por ello, el juez podrá acordar la prisión provisional para garantizar adecuadamente la protección a la víctima, y ello al no haber sido suficiente la pena de alejamiento impuesta al penado al haberse demostrado el alto grado de riesgo que sufre la víctima, en tanto en cuanto no ha sido bastante la pena de alejamiento para asegurar la protección de la víctima frente al agresor.

En definitiva, que será de abono el tiempo de cumplimiento de la cautelar, aunque en los casos de la única falta que existe a partir del día 29 de junio de 2005 por la LO 1/2004 --la injuria o vejación injusta de carácter leve-- del art. 620 CP hay que tener en cuenta que, de imponerse la pena de alejamiento en este caso, la misma no podrá exceder de seis meses.

8) ¿Puede disponer la víctima de la pena de alejamiento y, en consecuencia, interesar que se levante la prohibición de acercarse al agresor? Ver sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de Septiembre de 2005.

La práctica diaria también nos obliga a tratar esta cuestión, ya que nos estamos encontrando con algunos casos --cada vez más--, en los que las víctimas acuden al órgano judicial tras haberse dictado la pena de alejamiento interesando que se retire esta pena al querer reanudar la convivencia con la persona que ha sido condenada por haber cometido un hecho de violencia de género frente a ella.

En primer lugar, señalar que en la sentencia que haya dictado el juez se habrá fijado un tiempo de duración de la pena, fijando una distancia que no puede superar el agresor como exige el art. 64.3.3º párrafo LOVG.

Pero, por encima de todo, hay que señalar que la víctima no puede disponer de la pena de alejamiento, ya que una vez dictada no es la pena disponible por la víctima, sino que es una medida adoptada por el Estado de Derecho para garantizar su adecuada protección. Así, ninguna pena es disponible para la víctima, ni aunque ello fuera posible articularlo mediante una mera comparecencia, ya que no son las víctimas las que pueden tomar la decisión de que una pena deba ser cumplida, o no, sino el órgano judicial en la ejecutoria penal.

Otra cosa distinta es lo que se está produciendo en ocasiones, y es que algunas víctimas son las que optan por reanudar la convivencia tras una sentencia y son ellas las que se acercan al agresor, por lo que en estos casos entendemos que no existe un delito de quebrantamiento de condena al faltar el dolo específico que se exige al agresor para incumplir la pena de alejamiento, ya que ello se ha producido no por un acto del condenado, sino por la propia víctima. Ahora bien, la comparecencia de ésta en el Juzgado interesando un pronunciamiento expreso del juez sobre el alzamiento de la pena de alejamiento es inviable, ya que el juez no puede levantar una pena, una vez que ésta se ha dictado y es firme, por cuanto queda dentro de la fase de la ejecutoria penal en la que no tiene participación la víctima para retirar la pena.

Otra cosa es que la medida cautelar pueda ser alzada a solicitud de la víctima, cosa distinta, ya que las medidas cautelares pueden alzarse, mantenerse o incrementarse en su adopción, pero ello no puede alcanzar a la pena. El problema, de todas maneras, no puede desconocerse, ya que es una práctica que se está produciendo en algunas ocasiones y que de verificarse el acercamiento del agresor no sería constitutivo de delito, como mantenemos, al no existir el elemento subjetivo del dolo que se precisa en el quebrantamiento de condena, delito que no se puede cometer por imprudencia.

En todo caso, podría recogerse la comparecencia de la víctima en el órgano judicial comunicando que es ella la que desea volver a convivir con el agresor. Y ello, para el supuesto de que después existiera un problema con la pena de alejamiento todavía vigente, a fin de que existiera un medio de prueba de la ausencia de dolo en la conducta del sujeto.

De todas maneras, esta actitud de la víctima demuestra que es preciso intensificar los planes informativos a las víctimas de la violencia de género, ya que no solamente deben imponerse planes formativos a los maltratadores en los casos de suspensión de la ejecución de la pena (art. 83.1.6.º párrafo 2.º CP) --como los que hemos puesto en práctica en la Audiencia Provincial de Alicante, teniendo controlados en la actualidad a unos 150 maltratadores, y sin que haya existido situación de reincidencia desde que lo iniciamos el día 20 de mayo de 2004--, sino que, además, sería positivo que se articulara un plan informativo para las víctimas para que, entre otras cuestiones, se les informara de sus derechos y de la propia indisponibilidad de la pena de alejamiento, ya que ésta se adopta en garantía de su propia protección.

El TS, en reciente sentencia del 26-9-05 ha señalado que en el caso de que haya sido la víctima la que se haya acercado al agresor y reanude de forma voluntaria la convivencia se rompe de forma automática la medida o pena dictada, ya que ***acredita de forma fehaciente la innecesariedad de la protección y por ello supone el decaimiento de la medida de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida quedaría condicionado a la voluntad de aquella sin perjuicio de que ante un nuevo episodio de ruptura violenta pudiera solicitarse del juzgado, si es preciso para la protección de su persona, otra resolución semejante.***

Esta sentencia supone una novedad de interés en el tratamiento de la violencia de género, sobre todo en un tema de plena actualidad ante la reiteración con que se están produciendo peticiones de anulación de medidas cautelares y penas de alejamiento, lo que supone un grave problema por la posibilidad de la reiteración de la agresión ante episodios violentos precedentes que luego pasan a una fase de tranquilidad, pero con el peligro de que regresen los episodios agresivos cuando la víctima ha optado por reanudar la convivencia y tras la sentencia 1.156/2005 de fecha 26-9-05 antes citada se produce el decaimiento de la medida cautelar o pena de alejamiento, con lo que esta acción de la víctima, incluso determinaría que vistas así las cosas, en el caso de que el agresor vuelva a cometer un delito de violencia de género no pueda aplicársele el quebrantamiento de la medida cautelar o pena que operaría como agravante específica en cualquiera de los supuestos del art. 153, 171 y 172 CP. Además, el nuevo delito de violencia de género exigiría a la víctima a interesar de nuevo la medida cautelar de prohibición de aproximación y que en la sentencia se le vuelva a condenar a la pena de alejamiento del art. 48.2 CP, que la propia víctima ya había anulado con carácter previo con la reanudación voluntaria de la convivencia.

Ciertamente, las peculiaridades que se suceden en estos casos nos llevan a estas situaciones que se evitarían con una mayor atención a las víctimas mejorando su verdadera protección por la Administración y del tratamiento informativo y de suministros de todo tipos de ayudas sociales previstas en la LOVG.

Arts. 83 y 84 CP

9) Al haberse incluido en la Ley Orgánica 1/2004 , de 28 de Diciembre la obligatoriedad de que en los casos de que se suspenda la ejecución de la pena es

preceptiva la remisión a un plan formativo es preciso que se apliquen protocolos de coordinación entre la Administración y el Poder Judicial, habida cuenta que hay que aplicar el Real Decreto 515/2005, de 26 de Mayo respecto al control de los servicios sociales penitenciarios el la remisión de los condenados a los planes formativos impartidos por profesionales cualificados y con las consecuencias de que si no cumplen el plan se revocará la medida de suspensión por la vía del art. 84 CP, por lo que sería preciso que desde las Administraciones competentes se adoptaran las medidas precisas para que este precepto se aplique en todo el país y que no dependa de actuaciones aisladas en algunas CC.AA., como está ocurriendo hasta la fecha y así lo ha manifestado recientemente la Presidenta del Observatorio de Violencia doméstica y de género del CGPJ, Monserrat Comas.

***LINEAS GENERALES DE EJECUCIÓN DEL PLAN FORMATIVO DEL ART. 83.1.5º
CP EN RELACIÓN CON EL REAL DECRETO 515/2005, DE 6 DE MAYO EN
MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO (LEY ORGÁNICA 1/2004).***

1.- Las fechas de los programa formativos a impartir a personas condenadas por delitos de violencia de género deben predefinirse en colaboración entre las autoridades judiciales con capacidad gubernativa (Presidente del TSJ, Presidente de Audiencia Provincial, o Juez Decano) con la Administración Autónoma correspondiente o representantes del Poder Central en casos de Comunidades Autónomas sin transferencia y los Servicios Sociales Penitenciarios.

Como propuesta se lanza la de una sesión mensual de dos días, pero los penados deben cumplir un total de tres meses, con lo que totalizan seis días para dar por cumplido el programa formativo.

Los jueces de instrucción y de lo penal que desean adoptar la medida de la suspensión de la ejecución y remisión a un plan formativo deben tener predeterminados los días del mismo por los Servicios Sociales Penitenciarios ante quienes deben citar los jueces de instrucción, de lo penal y de violencia sobre la mujer al penado, de tal manera que el penado debe cumplir un periodo desglosado en seis sesiones diarias en bloques de tres (dos días cada bloque).

Los jueces remiten testimonio del auto a los servicios sociales penitenciarios ante quien deben citar al penado para que por este organismo se les cite al programa y les incoe una ficha identificativa del programa a seguir.

Las sesiones son impartidas por sociólogos, psicólogos, criminólogos, médicos forenses, trabajadores sociales, juristas y Jueces y Magistrados.

2.- Además de citarlo se remitirá testimonio del auto a los servicios sociales penitenciarios para constancia de la adopción de la medida, ya que son estos los que citan al penado a las fechas del programa y le abren la ficha personalizada en atención a los arts. 17 y 18 RD 515/2005.

3.- Durante los días señalados para el desarrollo del plan debe efectuarse un control por el equipo de organización de las sesiones de la asistencia o inasistencia de los penados, a fin de revocar, en caso negativo, cada juzgado, la medida de suspensión de la ejecución de la pena, remitiendo la lista de asistentes e inasistentes a los SSP, a fin de aplicar, en su caso, la medida de revocación de la suspensión por la inasistencia al programa.

4.- Si el juez o tribunal sentenciador quiere solicitar informes del cumplimiento periódico puede recabarlo de los SSP en virtud del art. 20 RD 515/2005, ya que se remite tras cada sesión a los SSP por el grupo de trabajo (organizado desde TSJ, Audiencia o Decanato) la lista de asistentes y de quienes no asisten.

Art. 148 CP (En relación, también, con el art. 147 CP).

10) ¿Cómo se modifica la penalidad del delito de lesiones del art. 147 en materia de la agravación específica del art. 148 CP?¹⁵ ¿Se introduce la aplicación de la agravación en casos de parejas homosexuales?

La redacción del art. 148 CP pasa a ser la siguiente:

«Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:

1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.

2.º Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.

3.º Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz.

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

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

Se introduce la agravación de la penalidad del art. 147.1 CP en los casos de agresiones que produzcan el resultado previsto en el art. 147.1 CP cuando el autor sea varón, tanto en los supuestos de parejas matrimoniales, como parejas de hecho y/o noviazgo. Sin embargo, no se aplicará el nº 4 en los casos de parejas homosexuales, ya que debería haberse añadido en el texto la referencia a cualquiera que sea su orientación sexual”, por lo que la redacción actual se interpreta según el tenor literal incluido en el art. 148 CP; es decir, al referirse a “esposa o mujer”, pero ligada por relación análoga de afectividad, es decir, a la pareja matrimonial, incluyendo el noviazgo.

¹⁵ En negrita la reforma que se introduce.

La agravación prevista en el nº 5 permite incluir la agravación cualquiera que sea el sujeto pasivo del art. 173.2 CP en los casos en los que la víctima fuera especialmente vulnerable que conviva con el autor. Pero no solamente el círculo de sujetos pasivos del art. 173.2 CP, sino que la agravación del nº 5 se aplica a la víctima que conviva con el autor, por lo que por el nº 5 del art. 148 CP, sí que podría incluirse la agresión que cause un resultado previsto en el art. 147.1 CP en los casos de parejas homosexuales, por lo quedaría incluido en esta agravación pero por el nº 5, no por el 4º. Lo que **se exigiría en este caso es la convivencia**, por lo que en el caso de noviazgo de parejas homosexuales sin convivencia no se aplicaría esta agravación, mientras que en el nº 4 no se exige la convivencia para apreciar la agravación.

11) ¿Es compatible la apreciación del nº 4 con la circunstancia mixta de parentesco?

No en la mayoría de los supuestos.

12) ¿Es compatible la circunstancia nº 5 con la agravante de abuso de confianza?

No. Es incompatible.

13) ¿Y con la alevosía?

Es igualmente incompatible.

En el subtipo agravado:

14) ¿Es preciso la presencia física de menores, o simplemente que se encuentren en la misma vivienda y oigan, por ejemplo la agresión?: Se exige la presencia sensorial, de tal manera que estando en otra habitación (oír la agresión) se aplicaría, o, por ejemplo, que se haga en un hotel y el menor esté en el baño y lo oiga, o que se encuentren en casa de unos amigos. La presencia es sensorial tan solo, no estrictamente físico.

15) ¿La utilización de armas, puede ampliarse también al simple porte de ella?:

Entendemos que la peligrosidad y por tanto la agravación esta en la utilización u ostentación del arma.

16) El hecho de que concurran dos agravaciones del art. 148 no tiene efecto agravatorio alguno. Se podría aplicar el art. 66.1.3º CP, pero no tiene efecto directo punitivo.

17) Interpretación del art. 147.2 CP respecto a sujeto pasivo mujer.

Lesiones del art. 147, apartado 2º del Código Penal cuando la ofendida sea o haya sido esposa, esté o haya estado ligada al agresor por una relación análoga de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Al haber optado el legislador en la Ley Integral por abordar la reforma aislada de alguno de los preceptos que integran la protección penal en materia de lesiones, se producen situaciones que no dejan de ser sorprendente. Así por ejemplo, no se ha introducido ninguna modificación en el art. 147 del C.P. que contempla el tipo básico y otro atenuado del delito de lesiones. En concreto este último, es decir el incorporado en el art. 147 apartado 2º, queda excluido del ámbito de aplicación del art. 148. De tal manera que, cuando la ofendida sea esposa o ex esposa, compañera o ex compañera del agresor, aun sufriendo la misma lesiones que encajen en el concepto de delito pero que bien, por el resultado producido o por el medio utilizado revistan “menor gravedad” la pena será inferior al supuesto contemplado en el art. 153, aun cuando éste parte de un menoscabo a la integridad física o psíquica de menor entidad. Y ello porque al no verse afectado, como ya se ha dicho, el supuesto previsto en el art. 147, apartado 2º por la posibilidad agravatoria prevista en el art. 148, a aquel le sería de aplicación la agravante de parentesco, que determinaría, eso sí, la imposición de la pena en su mitad superior. Así podría oscilar ésta, en el caso de que se optara por la privativa de libertad, entre 4 meses y 15 días de prisión y 6 meses. Pena, en todo caso, inferior y menos aflictiva que la prevista en el art. 153.

Art. 153 CP

18) ¿Cómo se modifica el art. 153 CP en la Ley 1/2004?¹⁶

El artículo 153 del Código Penal, queda redactado como sigue:

«1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratarle de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

¹⁶ En negrita la reforma que se introduce en la Ley Orgánica 1/2004.

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

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

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

1.- Desaparece la referencia al delito del que amenazare a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos.

En la redacción anterior incluida por la Ley 11/2003, de 29 de Septiembre se incluía la referencia al tipo penal del que amenazare a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos que ha sido extraído del art. 153 CP para ubicarlo en el art. 171.5 CP en el art. 38 de la Ley 1/2004, aunque solo en el contexto de los sujetos pasivos previstos en el art. 173.2 CP, ya que en el art. 171.4 solo se hace mención a la amenaza leve cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, como más tarde analizamos.

2.- El primer delito del art. 153 que castiga a “El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, **cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor**” solo opera en el caso de que estos sean los sujetos pasivos con la penalidad citada.

Son dos las modalidades de sujetos pasivos que quedan afectados por este apartado 1º: En primer lugar se exige que sea mujer la víctima y que esté unida al agresor varón por matrimonio, pareja de hecho o noviazgo con la penalidad que se fija. En segundo lugar, puede ser cualquier otra persona la víctima, sin que se exija que concurren los presupuestos anteriores pero se requiere que concurren dos presupuestos:

- a) que sea especialmente vulnerable y
- b) que conviva con el autor.

En este caso se requiere la prueba de esa especial vulnerabilidad del sujeto pasivo para aplicar este tipo penal del apartado 1º, aunque se requiere la convivencia a diferencia del supuesto básico en el que no se requiere la convivencia, aunque sí que la víctima sea mujer y que tenga una relación de análoga relación de afectividad a la matrimonial.

Respecto a la referencia a persona especialmente vulnerable hay que recordar que la jurisprudencia lo ha aplicado en delitos como el de abusos sexuales en razón a la edad, enfermedad o situación de la víctima, por ejemplo en los casos de menores de 13 años, personas privadas de sentido por cualquier causa, o con cierto trastorno mental¹⁷

3.- Se eleva la penalidad mínima en este apartado 1º de tres a seis meses de prisión y cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años, cuando en la redacción anterior en este último caso lo era de seis meses hasta tres años.

¹⁷ Por ejemplo, **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de Septiembre de 2003:**

Tratándose de una persona con cierta deficiencia mental, con un trastorno de personalidad de tipo "bordeline" determinado por dicha deficiencia, que precisamente le hace especialmente vulnerable, sugestionable y fácilmente manipulable, ha de estimarse que precisamente este trastorno disminuye de modo muy relevante su capacidad de voluntad concretamente para este tipo de comportamientos: ser manipulado por otra persona con ascendiente sobre el mismo para la realización de lo que se presenta como un mero favor entre familiares y constituye en realidad un acto de cooperación con el tráfico de drogas. ..."

"... En el supuesto actual, como ya hemos señalado, nos encontramos ante una persona con cierta deficiencia mental, con un trastorno de personalidad de tipo "border line" determinado por dicha deficiencia, que le hace especialmente vulnerable, sugestionable y fácilmente manipulable. Se trata de un trastorno de menor entidad o gravedad, que ordinariamente no llega a provocar un grave deterioro laboral o social. Como norma general habría que estimar, por tanto, que una deficiencia intelectual leve y un trastorno de la afectividad de esta naturaleza no tiene necesariamente que tener una especial relevancia en el ámbito de la imputabilidad o encuadrarse a lo sumo en la atenuante analógica. (Sentencia de 26 de junio de 1995).

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de Febrero de 2003.

La vulnerabilidad de la víctima no se predica solamente de su temprana edad, sino de otros factores evaluables legalmente en atención a su edad, enfermedad o situación; de modo, que la edad puede ser muy escasa o elevada, pero lo importante es que tal edad incida en la eventual vulnerabilidad de su personalidad, a causa solamente de ese dato, o bien que tal estado potencial de agresión a causa de lo vulnerable de su condición se predique de la enfermedad que padezca, cualquiera que sea su edad, o incluso, de las condiciones objetivas de la comisión delictiva, por la situación en que se encuentre, que debe ser interpretado como algo externo a su personalidad.

4.- Sin embargo, en el apartado 2º de este art. 153 CP se mantiene la penalidad anterior en su totalidad para cuando se tratare de cualquiera de las víctimas del art. 173.2 CP excluyendo las del apartado 1º actual.

5.- La redacción del apartado 3 es la misma prevista antes en el 2º párrafo del art. 153 CP.

6.- Se introduce la novedad de que atendiendo a las circunstancias del autor y la realización del hecho se pueda imponer la pena inferior en grado. Quizá se está refiriendo a los casos en los que las circunstancias del caso, por su levedad, determine la aplicación de un tratamiento penológico más reducido, pero exige al juez o tribunal que razone en la sentencia por qué entiende aplicable esta disminución punitiva.

19) En consecuencia, ¿Qué se entiende por la delimitación del concepto de "persona especialmente vulnerable" de los artículos 148.5 del Código Penal en relación a los artículos 36 de la L.I. y de los artículos 153.1, 171.4 y 172.2. del Código Penal en relación a los artículos 38 y 39 de la L.I.?

El Observatorio del CGPJ entiende que persona especialmente vulnerable lo es “cualquier persona de los sujetos pasivos que su edad, estado físico o psíquico o sus condiciones personales en relación al grupo conviviente la sitúan en una posición de inferioridad y/o debilidad frente al agresor”.

Siguiendo el criterio de la Circular nº 4/2005 de la Fiscalía General del Estado el Tribunal Supremo ha predicado la vulnerabilidad de la víctima esencialmente en relación a la edad “pudiendo ser ésta muy escasa o elevada...siendo lo importante que tal edad incida en la eventual vulnerabilidad de su personalidad” o bien a causa de “la enfermedad que padezca, cualquiera que sea su edad”, o incluso en atención a las condiciones objetivas de la comisión delictiva “por la situación en que se encuentre, que debe ser interpretado como algo externo a su personalidad.” (STS 224/2003, de 11 de febrero). La especial vulnerabilidad por razón de edad permite extender la tutela penal reforzada de este precepto tanto a personas de edad avanzada como a aquellas que presenten una limitación de sus condiciones físicas o psíquicas que merme su capacidad defensiva.

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

Por ello, el ámbito de especial protección que la norma otorga a las personas especialmente vulnerables deberá ser analizado de forma individualizada atendiendo a

aquellas circunstancias que coloquen a la víctima en situación de indefensión frente al autor, hecho que debe ser abarcado por el dolo del autor.

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

Ciertamente tal equiparación será posible cuando la temprana edad de la víctima limite su capacidad defensiva, pero en otro caso, habrá que estar a las circunstancias de todo tipo que concurran en la comisión del hecho para predicar, caso por caso, tal cualidad respecto del menor de esas edades.

20) La referencia a la relación *sin convivencia* en los arts. 153, 171 y 172. ¿Están incluidos los novios?

En principio, los novios con estabilidad entran en el tipo penal al permitirse que sea la relación sin convivencia. Además, se extiende cualquiera que sea el momento en que se cometa, también cuando se hubiere roto la relación, tal y como señala el tipo penal del art. 153 CP. El tipo penal así lo permite al permitirlo la expresión *que sea o haya estado....* Será materia objeto de prueba la determinación de si existe o ha existido entre sujeto activo o pasivo una relación de relación análoga de afectividad a la matrimonial aun sin convivencia para poder aplicar este tipo penal, pero teniendo en cuenta que si ha existido esa relación estable sin convivencia se aplicaría en el futuro en el caso de que cometiera cualquiera de los delitos tipificados en el art. 153, 171 y 172 CP por referirse el tipo a la pareja actual *o que haya sido*.

21) La intervención de un extraño en el tipo previsto en el art. 153 ¿Cómo se sanciona, con aplicación del art. 65.3º, del C. P. o como constitutivos de falta del art. 617?

El tipo previsto en el art. 153 del Código Penal, según redacción dada al mismo por la L.O. 1/2004, se configura como un delito especial impropio. De ahí que, pueda plantearse si la intervención del extraño habrá de solucionarse por la vía de la ruptura del título de imputación, tal y como tradicionalmente ha venido manteniendo la jurisprudencia. De ser así, el “intraeus” respondería como autor de un delito del art. 153 y el “extraneus” como autor de una falta.

Entiendo que no es de aplicación lo dispuesto en el art. 65.3º, en cuanto que por su propia redacción parece destinado a aplicarse a los supuestos de delitos especiales propios.

En cuanto a su aplicación analógica a este supuesto, en todo caso no resultaría favorable al reo, en la medida que siempre debe considerarse más beneficiosa la calificación de unos hechos como falta que como delito.

22) Si el acto de violencia previsto en el art. 153 se ejerce para con el hijo menor ¿qué es aplicable el apartado 2º o el apartado 3º?

Indudablemente parece que no hay mayor presencia física que aquella que implica el ser víctima de la agresión. Sin embargo, entiendo que habría de acudir a la aplicación del párrafo 2º del art. 153 (o en su caso del 153.1 en el supuesto tratado en la cuestión 2ª), pues en el caso aislado de la agresión al hijo menor, propio o del cónyuge o conviviente, es esa especial relación familiar la que determina la aplicación del tipo. De ahí que no pueda entenderse además como presupuesto de agravación. En definitiva supone la aplicación de lo dispuesto en el art. 8, apartado 1º.

23) ¿Cuándo la persona especialmente vulnerable que conviva con el agresor a la que se refiere el art. 153.1, sea alguna de las previstas en el art. 173, apartado 2, qué tipo se aplica el del art. 153.1 o el del art. 153.2?

Entendemos que la coincidencia puede presentarse fácilmente. El art. 153 habla de personas especialmente vulnerables, y en ese concepto, a modo de ejemplo puede encuadrarse un anciano progenitor o un menor de edad. En los casos en los que se dé esa coincidencia entiendo que, por aplicación de lo dispuesto en el art. 8 prevalecerá el párrafo 1º. Por su mayor especialidad y gravedad en cuanto a la pena.

24) ¿Dónde se ubican los delitos entre parejas homosexuales de esta naturaleza?

En el apartado 2º del art. 153 CP.

Art. 171 CP

25) ¿Y los delitos de amenazas leves que antes estaban incluidos en el art. 153, 620 1º y 2º CP? ¿Cómo quedan ahora configurados?¹⁸

Se añaden tres apartados, numerados como 4, 5 y 6, al artículo 171 del Código Penal, que tendrán la siguiente redacción:

¹⁸ En negrita la parte nueva que se introduce en la Ley 1/2004.

"4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

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

Este precepto se incluía antes en el art. 620.2º CP castigado como falta. Con la reforma se eleva a delito y se cierra el ámbito de los sujetos pasivos en la línea que estamos reseñando y con idéntico tratamiento punitivo que en el art. 153.1 CP. Se añade la referencia a que también queda admitido el sujeto pasivo como persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, haciendo remisión al concepto de persona especialmente vulnerable ya tratado y con la referencia jurisprudencial ya fijada anteriormente.

Se exige que el autor sea un varón en consecuencia y para el resto de sujetos pasivos, incluido el varón, por ejemplo, cuando el sujeto actor sea una mujer el hecho se considera falta del art. 620.1º CP ya que se mantiene esa redacción. Por ejemplo, las amenazas leves entre hermanos quedan como falta, mientras que la amenaza hombre y mujer con las características ya expuestas es delito del art. 171.4 CP.

Debe entenderse que se incluye en esta modalidad de amenaza la efectuada utilizando armas y otros instrumentos peligrosos, ya que el apartado 5º tan solo se refiere a los sujetos pasivos del art. 173.2 excluyendo los previstos en el apartado anterior, es decir, ***su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia.*** Por ello, debe entenderse que se incluye en el apartado 4º del art. 171 la referencia antes contenida en el art. 153 CP considerándolo como amenaza leve, ya que de no ser así se habría olvidado el legislador de incluirlo. Lo extrae del art. 153 CP pero no lo reubica luego.

Una de las notas características del nuevo panorama normativo en relación a las amenazas es que se eleva a categoría delito cualquier clase de amenazas, cuando la ofendida sea esposa o ex-esposa, compañera o ex-compañera del agresor, o persona especialmente vulnerable que conviva con él. Respecto a la pregunta formulada, podría plantearse si al no efectuar el legislador una especial previsión del uso de arma o instrumento peligroso en las amenazas leves dirigidas contra esposa o compañera, habría de optarse por entender que en este caso ese elemento instrumental las transforma en graves, lo que determinaría que fuera aplicable el art. 169, o por el contrario entender que en este caso el uso de armas carece de relevancia, quedando encuadrado el comportamiento en el art. 171.4ª. Parece que ésta última opción es la más adecuada, partiendo de la sistemática del Código Penal que ha venido distinguiendo generalmente entre las graves y las leves, y

por la referencia residual contenida en el art. 620, apartado 1º, según redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 1/2004.

Sólo quedan tipificadas como falta, en relación a las personas incluidas en el apartado 2º del art. 173, las amenazas leves sin uso de armas o instrumentos peligrosos, a excepción de las que se dirigen contra la esposa, ex-esposa, compañera estable o ex-compañera estable, o persona especialmente vulnerable que conviva con el agresor.

Si fuera grave la actuación (lo que sería materia de prueba) se tipificaría por el art. 169 CP pudiendo incluir la agravante de parentesco.

Se aplica en el párrafo 2º del apartado 5º la agravación de imponer la pena en la mitad superior que estaba contemplada en el párrafo 2º del art. 153 CP, lo que es una dudosa técnica legislativa, ya que incluye en el apartado 5º una agravación específica también del apartado 4º, no solo del 5º, por lo que hubiera sido más deseable que se hubiera incluido en un apartado adicional.

Lo que sí es de especial comentario enlazando con los datos penológicos de los anteriores tipos es el dato de la cuantía de la pena inhabilitadora del ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento: si las amenazas proferidas utilizando armas o instrumentos peligrosos son merecedoras de este tipo de inhabilitación por tiempo de 6 meses a 3 años –si bien en el ámbito de aquéllas personas determinadas víctimas del maltrato- es de destacar que en el caso del art. 171.4 la pena de este tipo de inhabilitación especial se amplía hasta los cinco años.

En el borrador que los Diputados remitieron a la Cámara Alta de esta Ley para su posterior aprobación, en su redacción del art. 153.1 condenaba al autor de un delito consistente en el menoscabo psíquico o lesión no definido como delito en el código o golpear o maltratar a obra a otro sin causarle lesión cuando la víctima fuera la esposa o la compañera a seis meses a un año de prisión como pena principal y, en su caso, al de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años como pena accesoria. Es decir, el legislador, con semejante redacción dejaba más castigado (como pena principal y como pena accesoria) los hechos constitutivos de delito de amenazas (siquiera sea sin armas ni instrumentos peligrosos) que el delito tipificado de lesión o mera agresión cuando en ambos casos la víctima sea la esposa, mujer o esté o haya estado ligada con el agresor por análoga relación de afectividad aun sin convivencia –de seis meses a un año de prisión y, en su caso, inhabilitación especial para con los menores de hasta cinco años. La razón y causa última la encontramos en que el legítimo empeño del legislador en seguir con la línea de protección y asistencia integral no sólo a la mujer (entendida como esposa, o novia) del agresor sino también a los menores que hayan sido, por una nefasto azar de la vida, no sólo víctima directa sino también indirecta del maltrato familiar vivido teniendo que presencias todo tipo de humillaciones a su madre, tutora o curadora. Queda aquí, pues ampliada esa asistencia social que el legislador quiere que quede garantizada, al ámbito estrictamente penal de la ley, castigando semejantes actos que merecen todo el reproche social y las medidas legislativas de represión que un Estado democrático y de derecho es capaz de ofrecer a sus ciudadanos: Integral.

Sin embargo, en el texto finalmente aprobado, y motivados por un inevitable principio de congruencia, se ha redefinido el espectro penológico del párrafo primero del art. 153.1 dejándolo cuando menos equiparado al referido delito de amenazas descrito en el ex novo apartado 4 del art. 171 del Código Penal, por lo que uno y otro delito, con la redacción definitiva, son castigados con la misma pena: de seis meses a un año de prisión como pena principal y, en su caso, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años

5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

Esta redacción estaba antes en el art. 153 CP que se extrae del tipo penal incluido por la Ley 11/2003, de 29 de Septiembre para incluirlo en la regulación de las amenazas. Ahora bien, en este delito no se exige que el autor sea hombre y la víctima mujer, sino que a diferencia del supuesto anterior del apartado 4º se refiere al que amenazare a cualquiera de los sujetos del art. 173.2 CP.

Se aplica la agravación de imponer la pena en la mitad superior que estaba contemplada en el párrafo 2º del art. 153 CP.

A diferencia del apartado 4º la penalidad va de los tres meses de prisión a un año, mientras que en el apartado 4º la pena mínima es de seis meses de prisión.

Cabe mencionar que este apartado 5º debería suponer una agravante de las meras amenazas pues en el elemento objetivo se han utilizado armas u otros instrumentos peligrosos. Sin embargo no es así, pues la pena principal a imponer – prisión de tres meses a un año o trabajos de treinta y uno a ochenta días- es inferior a la de las meras amenazas en el entorno familiar – prisión de seis meses a un año o trabajos de treinta y uno a ochenta días- que se constituyen como delito ex novo a partir de la entrada en vigor de la ley respecto al sujeto pasivo mujer o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Lo que merece la pena destacar y es ahí donde se aprecia la diferencia y la razón de por qué se penaliza más las meras amenazas de las efectuadas con armas u otros instrumentos peligrosos es que el elemento punitivo en éstas se aplicará a los autores de tales actos y cuyas víctimas sean las personas referidas en el artículo 173.2 exceptuadas las contempladas en el apartado anterior. Es decir, teniendo en cuenta que en el apartado anterior las amenazas deberán ir dirigidas contra esposa o novia (con o sin convivencia), nos quedan:

- ascendientes, descendientes o hermanos
- por naturaleza, adopción o afinidad
- propios, del cónyuge o del conviviente
- menores o incapaces.

Por tanto las únicas amenazas infringidas a estas personas que tendrán la calificación de delito son aquellas que hayan sido cometidas utilizando armas o instrumentos peligrosos. Se deduce claramente que las demás serán calificadas como falta. Ahora bien, las amenazas infringidas aun sin armas ni instrumentos peligrosos a esposa, mujer o novia (con o sin convivencia) serán calificadas ya como delito ex novo.

Por lo demás la referencia a los menores queda exactamente igual, y en donde el Juez o Tribunal en atención al interés del menor o incapaz, acordará cuando así lo estime adecuado la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años. Nuevamente hemos de quedarnos con la cuantía de la pena inhabilitadora pues nos servirá luego para hacer un criterio comparativo y deducir alguna conclusión.

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

Se aplica la misma opción de rebajar la penalidad razonándolo el juez o tribunal en la sentencia atendidas las circunstancias concurrentes y las del autor, lo que es aplicable en los dos apartados del art. 171.

26) ¿En caso de amenaza grave no condicional de un hecho que no constituya delito, que precepto se aplica, el art. 171.1 o el 171.4?

Este último es un precepto especial que debe aplicarse en base a lo que establece el art. 8 del Código Penal.

Art. 172 CP

27) ¿Cómo se interpretan y ubican ahora las coacciones en violencia de género?

El contenido actual del artículo 172 del Código Penal queda numerado como apartado 1 y se añade un apartado 2 a dicho artículo con la siguiente redacción:

"2. El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

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

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

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

Se reproducen los criterios ya vistos anteriormente. Se extrae este tipo penal de la falta de coacciones del art. 620.2º CP que tenía un castigo especial en el caso de que se produjera sobre víctimas del art. 173.2 CP. Ahora bien, la situación actual es la misma que en el caso de las amenazas leves, ya que se aplica la misma cuestión en relación a la exigencia de que el sujeto activo sea varón relacionado con la mujer por alguna de las relaciones que contempla el tipo, añadiendo la referencia a la persona especialmente vulnerable que como sujeto pasivo se incluye en su relación con el autor y la convivencia que también se exige, aquí sin distinción de sexo.

Una vez más nos encontramos con un figura delictiva creada ex novo para castigar aquellas situaciones definidas dentro del ámbito de la violencia doméstica en el que manteniendo las mismas personas víctimas ya referidas al hablar de las amenazas, el maltratador haya cometido hechos tipificados por el Código Penal como coacciones. Las coacciones, de modo general, son aquellos comportamientos de su autor, que son capaces por sí mismos de causar una perturbación en el bienestar mental de la persona a la que van dirigidos de forma que mediante una intimidación hacia su persona la obliguen a hacer o decir algo contra su voluntad. La diferencia con las amenazas es que estos comportamientos ejecutados por su autor no son hechos que pudieran constituir delito.

El comentario que cabe hacer de este nuevo apartado es que mantiene exactamente los mismos elementos objetivos y subjetivos del art. 171.4 cuando las acciones se

tipificaban como amenazas proferidas a la esposa, mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. Se mantiene como hemos dicho idéntica pena principal y accesoria en el sentido de que se castiga igualmente al autor de coacciones en idéntico ámbito personal a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de hasta cinco años a aquella persona que es capaz de mantener coaccionada (es decir obligada a hacer o decir algo contra su voluntad) a una persona cuya única culpa es la de mantener con ella un vínculo sentimental de pareja.

Por tanto nuevamente hemos de llegar a la misma conclusión que lo referido a las amenazas, es decir, el legislador penaliza más la actitud coaccionadora del maltratador hacia la víctima de forma más grave que el hecho definido en el art. 153.2 CP de agredir o golpear o causar un menoscabo psíquico o lesión no definidos en otra parte del Código Penal a cualquiera de los sujetos pasivos del art. 173.2 CP, exceptuadas las personas fijadas en el apartado anterior, es decir, la mujer y menor cuando se haya producido un acto de violencia de género. Y nuevamente hemos de buscar la causa en el empeño del legislador por mantener una actitud protectora que sea integral con todas las disciplinas atinentes a la vida de la víctima del maltrato.

Esto ha de mantenerse también con respecto a los menores que estén bajo la custodia, tutela, curatela, guarda o acogimiento de la mujer víctima del maltrato pues igualmente se tutelan sus derechos y salvaguarda de su personalidad.

Queda sin pronunciamiento en este apartado, evidentemente, el tratamiento que va a haber con la actitud coaccionadora de aquellas personas a las que se refiere el art. 171.5 al hablar de las amenazas con armas u otros instrumentos peligrosos, es decir, todas a las que alude el art. 173.2 excepto la esposa, o novia haya habido o no convivencia. Ello es así porque queda calificado como falta de coacciones del art. 620, último párrafo del Código Penal.

Se añade también la referencia a la agravación específica y la opción de rebajar la pena inferior en grado.

Para el resto de sujetos pasivos del art. 173.2 CP sigue incluido en el tipo del art. 620.2º CP.

28) ¿Qué ocurre si las coacciones son graves?

Se castigaría por el art. 172.1, si bien la paradoja es que en ese caso, al poderse castigar con pena de multa, podría considerarse mas beneficiosa que en el caso del art. 172.2 para el caso de las coacciones leves.

29) ¿La coacción leve a un hijo o progenitor que por su estado pudiera considerarse persona especialmente vulnerable que conviva con el agresor es delito del art. 172, o falta del art. 620.2º, último párrafo?

Resulta curioso, pero en principio la tipificación se llevaría al art. 620 CP, pero la especial vulnerabilidad lo llevaría al art. 172.2.2º CP. Así, por aplicación del artículo 8 del Código Penal debe considerarse delito.

Art. 620 CP

30) ¿Cómo quedaría la tipificación de las faltas en estos casos?

El artículo 620 del Código Penal queda redactado como sigue:

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

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

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

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

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

Por todo ello, debe conectarse el comentario efectuado en el análisis de los delitos de amenazas y coacciones que ahora pasan a integrarse en los arts. 171 y 172 CP en razón a la especial consideración de la víctima antes vista, hasta el punto de que para el resto de sujetos pasivos el hecho será falta del art. 620.2º CP.

En cuanto a la redacción del artículo, únicamente se añade el apartado 2º in fine cuando dice : *"salvo que el hecho sea constitutivo de delito"*, y ello porque como ya venimos anunciando el hecho de que, a partir de la entrada en vigor de la ley, las amenazas por leves que sean cuando la víctima sea la esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia será calificada directamente como delito por el art. 171.4. Por lo tanto quedará aplicable la falta 620 en los casos en que

las víctimas no sean éstas sino ascendientes, descendientes o hermanos (por naturaleza, adopción o afinidad) (propios, del cónyuge o conviviente) así como los menores o incapaces. Es decir, en estos casos, para el legislador tiene menor gravedad y tiene menor entidad reprochable el hecho de que el maltratador amenace, coaccione, injurie o veje injustamente a un menor con el que le una hasta ese momento algún vínculo de protección, sin contar con que este menor tendría que gozar con algún lazo sentimental con aquél por ser por ejemplo su propio hijo. La intervención penal únicamente se activará cuando sea la madre, tutora o curadora la víctima directa de las amenazas o coacciones en que será el propio Juez o Tribunal el que bajo su criterio podrá acordar la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

El único supuesto que se eleva a la categoría de delito es el de las amenazas con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP que se incluye en el art. 171.5 CP.

En cuanto a las injurias o vejaciones injustas de carácter leve quedan tratadas como hasta ahora, como faltas. Lo que se ha agravado han sido las amenazas y las coacciones en los ámbitos estrictos a los que hemos hecho referencia.

Por lo que a pena se refiere ha quedado sin modificar conservando la ya establecida por LO 15/2003 de 25 de noviembre de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días.

31) ¿Cuál sería la falta que quedaría como violencia de género?

La falta de injuria o vejación injusta de carácter leve del art. 620.2º CP que es la única que en razón a la consideración del sexo de la víctima no se ha incluido como delito.

32) La agravación específica de cometer el delito de violencia de género quebrantando la pena o medida de alejamiento en relación con el art. 173.2 in fine CP. ¿Se aplica la agravación en los arts. 153, 171 y 172 o en el 173.2, o en ambos en los casos de habitualidad?

Tampoco podemos olvidar la referencia específica contenida en el art. 173.2, párrafo 2º CP respecto a la imposición de la mitad superior de la pena en los supuestos de violencia física o psíquica habitual, y aquí se plantean interesantes problemas concursales a los que nos tenemos que referir, habida cuenta que, dado que en este precepto se recoge en el apartado 2º, párrafo 1º in fine que la sanción penológica por el maltrato habitual previsto en el art. 173.2 CP de prisión de seis meses a tres años se impondrá *sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica*. Es decir, que no existe problema respecto a una posible vulneración del principio *non bis in idem*, al admitir la circunstancia de sancionar tanto el hecho aislado como la habitualidad del mismo en razón, -como señala el apartado 3º de este

art. 173 CP- al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como la proximidad de los mismos y con independencia de que se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo y de que los actos hayan sido objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

Pues bien, el problema se plantea en relación a los problemas concursales que pudieran existir respecto de la posibilidad o imposibilidad de apreciar la agravación específica de cometer el delito de violencia de género junto con el quebrantamiento de la prohibición de aproximación, ya que como las conductas que integran la habitualidad se habrán cometido con el quebrantamiento de la citada prohibición el problema surge respecto a si es posible apreciar la agravación tanto en la sanción por el art. 173.2 CP integrante de la habitualidad, (al aplicarse el párrafo 2º del art. 173.2 CP) como en el caso de la misma agravación específica en los casos de los arts. 153.3, 171.5, párrafo 2º y 172.2, párrafo 3º CP.

Se abren dos posibles opciones a la hora de formular la calificación, a saber:

- Reputar cometido un delito del art. 153, 171 o 172 CP, en modalidad agravada en concurso real con un delito del art. 173, o bien, a la inversa,
- Estimar cometido un delito del art. 153, 171 o 172 CP simple más un delito del art. 173 en su modalidad agravada.

La Fiscalía General del Estado se decanta con acierto por esta última opción, ya que la específica mención «alguno o algunos» recogida en el art. 173 permite aplicar la agravación en este precepto. Asimismo ésa es la solución interpretativa que ofrece el principio de alternatividad del art. 8.4 CP. En consecuencia, no cabe aplicar el subtipo agravado más que en una de las infracciones, siendo preferible en la del art. 173.2 por aplicación de las reglas 1ª y 4ª del art. 8 CP.

Finalmente, la concurrencia de dos o más circunstancias agravatorias en un solo delito, 153, 171 y 172 CP ó 173.2 CP, no tendrá otra relevancia distinta que la de ser tenida en consideración a efectos de valorar, dentro del tramo de la mitad superior de la pena, el alcance o duración concreta que se solicite, por lo que se aplicaría la pena en el caso de la concurrencia de la habitualidad del art. 173.2 CP teniendo en cuenta el recorrido desde el mínimo de un año y nueve meses de prisión hasta los tres años.

Art. 468 CP

33) El delito de quebrantamiento de medida cautelar (por ejemplo de la orden de alejamiento) no es competencia del juzgado de violencia sobre la mujer, sino del de instrucción al no estar incluido el art. 468 CP entre los de competencia de este juzgado (art. 87 ter 1 a) LOPJ, al no estar incluidos los delitos contra la administración de justicia, salvo que al mismo tiempo que se incurre en este delito se cometa uno de los delitos que sí que son competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer.

34) En el caso de que existan varios incumplimientos de órdenes de alejamiento es posible aplicar la continuidad delictiva. (Sentencia de la AP de Girona de 10-6-2004, AP de Cáceres de 11-2-2005).

Ahora bien, si en uno de ellos se ha cometido un delito de violencia de género sería competente el juzgado de violencia sobre la mujer. En este caso, ya que uno de los delitos de quebrantamiento se ha tenido en cuenta para integrar el maltrato familiar no se aplica la continuidad delictiva ya que se aplica el non bis in idem (Sentencia AP Cáceres de 11-2-2005.)

35) La casuística de la aplicación práctica de la medida cautelar y la pena de alejamiento está teniendo en la actualidad algunos supuestos que requieren un adecuado análisis para valorar situaciones que pueden producirse, y de suyo se están produciendo, en el ámbito de los procedimientos de violencia doméstica y de género. En este caso, nos planteamos un problema que está surgiendo en los Juzgados de lo penal o secciones penales de Audiencias Provinciales cuando en el Juzgado de instrucción no se adoptó una medida de alejamiento por no entenderse que concurrían los requisitos para conceder una orden de protección y más tarde, tras el juicio penal, se dicta una sentencia condenatoria por la que se impone, además de la pena privativa de libertad, la pena de alejamiento del art. 57.2 en relación con el art. 48.2 del Código Penal.

Nos planteamos, así, ¿qué pasará, entonces, si se recurre la sentencia penal? ¿Tendría la víctima la protección derivada del alejamiento o habría que esperar a la resolución del recurso de apelación para que pudiera ejecutarse la pena de alejamiento?

Se podría dar el caso de que aunque existiera una medida cautelar de alejamiento se dictara sentencia condenando a la pena del art. 48.2 CP por aplicación del art. 57.2 CP visto, pero que ante el recurso de apelación que se pudiera presentar no fuera firme la pena de alejamiento. La solución dada por la LO 1/2004 de sancionar con pena de prisión de seis meses a un año tanto los casos de incumplimiento de medida cautelar como de pena ha resuelto la situación actual en la que el incumplimiento de la cautelar de alejamiento viene sancionada solamente con pena de multa.

En estos casos vemos que a partir del 29 de junio de 2005 el incumplimiento tanto de la medida cautelar como de la pena de alejamiento viene sancionado con la pena de prisión de seis meses a un año, en lugar de la sanción actual que supone la pena de multa cuando de medida cautelar se trata. Pero comprobamos que si se interpusiera recurso contra la sentencia que se dictare condenando a la pena de alejamiento, al no ser firme la misma el incumplimiento del alejamiento habría que remitirlo al incumplimiento de la medida cautelar, ya que si el condenado se acerca a la víctima antes de que la Audiencia Provincial dicte sentencia confirmando la condena a la pena de alejamiento, lo que estaría incumpliendo sería la medida cautelar, y sería sancionado a la pena de multa por hechos ocurridos hasta el 29 de junio de 2005 y con la pena de prisión para los ocurridos a partir de esa fecha cuando se dictare medida cautelar de alejamiento y el agresor incumpliera esta prohibición y se acercare a la víctima.

En consecuencia, podría ocurrir que cuando llegue el día del juicio la víctima no tenga concedida la orden de protección, pero que en el desarrollo del juicio se enerve la

presunción de inocencia y el juez de lo penal, o Audiencia Provincial si fuera la competente, dicten una sentencia condenatoria por uno de los delitos contemplados en el art. 57.1 CP. Por ello, como el ap. 2.º del citado art. 57 prevé la obligatoriedad --que no facultad desde la Ley 15/2003--, de imponer la pena de alejamiento del art. 48.2 CP, nos encontramos con que se habrá impuesto una pena de alejamiento sin que se hubiera adoptado la orden de protección con carácter previo, lo que es técnicamente posible, como hemos explicitado.

Ahora bien, el problema surge en tanto en cuanto, si se interpone un recurso de apelación contra la sentencia por la que se condenó a una pena de prisión al agresor y a la corolaria de alejamiento, no podría ejecutarse provisionalmente hasta que sea firme la sentencia penal dictada por la propia confirmación de la misma por la Audiencia Provincial si la dictó un Juzgado de lo penal, o el Tribunal Supremo si se interpuso un recurso de casación si la dictó en primera instancia la Audiencia Provincial. ¿Qué pasa, entonces, con la víctima?

Recordemos que en estos casos en los que los agresores han sido condenados el peligro de las víctimas se puede incrementar, habida cuenta que éstas no tienen medida cautelar concedida, la sentencia en la que se ha condenado a la pena de alejamiento al agresor ha sido recurrida y su incumplimiento no daría lugar a delito alguno, ya que su no declaración de firmeza impide que el hecho de acercarse el agresor a su víctima sea un ilícito penal al estar pendiente de que se confirme la pena de alejamiento. Por otro lado, en estos casos, el peligro del agresor se incrementa, ya que ha sido condenado a una pena de prisión y la adicional obligatoria del alejamiento.

Esta misma situación de riesgo derivada de la existencia de una condena se produce, también, por ejemplo, cuando una mujer que es víctima de maltrato toma la decisión de iniciar los trámites de separación matrimonial. Por ello, debemos insistir en el claro factor de riesgo que supone el hecho de que la mujer dé el paso para iniciar los trámites de separación, ya que el marido o pareja de hecho que siente el sentimiento de poseedor de aquélla no lo va a asumir fácilmente, por lo que se incrementa el pronóstico de riesgo que debe ser detectado por el médico forense en su examen de la víctima.

Por ello, y con mayor razón, el agresor que ha sido condenado se muestra como una evidente situación de riesgo para la víctima, incrementado, además, por el hecho de no tener concedida una orden de protección, ni ser firme el alejamiento concedido por el recurso interpuesto contra la sentencia.

Aunque estas situaciones se dan en un reducido número de casos, pocos bastan para que el número de mujeres que mueren de manos de sus parejas siga creciendo cada año, por lo que es preciso adoptar las medidas legales que sean procedentes para evitar que sea el sistema legal el que deje desprotegida a la víctima, ya que ésta no puede entender que por el hecho de que se haya interpuesto un recurso de apelación contra la sentencia en la que se condena al agresor por un hecho de violencia de género quede desprotegida al no poder hacerse efectiva la pena de alejamiento.

¿Qué solución podría darse?

Indiscutiblemente, si concluye el juicio, se dicta sentencia condenando a la pena de alejamiento y ésta se recurre no cabría la ejecución provisional, quedando la víctima sin protección, ya que si tras la sentencia se acerca el agresor no incurriría en un delito de quebrantamiento de condena al no ser firme la sentencia.

Las opciones que se están presentando pasarían por dictar una resolución previa, en forma de auto, al dictado de la sentencia acordando la orden de protección, bien de oficio o a instancia de los legitimados para solicitarlo en virtud del art. 544 ter LECrim. Nótese que el juez de lo penal o la Sala penal tienen la facultad para acordarlo de oficio, pero ello debe ser antes de que se haya dictado la sentencia y en resolución distinta.

Lo correcto sería que se dictara un auto acordando la prohibición de acercarse a la víctima con el carácter de medida cautelar, haciendo constar que se verifica en aras a garantizar la protección de la víctima para el caso de que no pudiera ejecutarse la pena que se dictare en el supuesto de la interposición de un recurso de apelación.

Ello podría verificarse en el mismo acto del juicio, al concluir, notificándosele al acusado oralmente, y documentándose más tarde en el correspondiente auto, ya que si se hace después requeriría la celebración de una comparecencia. En el caso de incumplimiento, mientras que se resuelve el recurso, el penado incurriría en un delito de quebrantamiento de condena, siendo sancionado por hechos ocurridos hasta el 29 de junio con pena de multa y a partir de esa fecha con pena de prisión de seis meses a un año en virtud de la nueva redacción del art. 468 CP.

Por otro lado, en algunos foros se ha expuesto la opción de reflejar esta medida en la sentencia, haciendo constar que lo era con el carácter de medida cautelar, lo que debe ser rechazado, ya que el recurso se interpone contra el contenido de la sentencia, por lo que lo razonable es extraer la medida cautelar en resolución independiente y notificársela al acusado.

Cierto es que frente a este auto cabría interponer recurso de reforma y subsidiario de apelación, pero la medida sería ejecutable mientras se sustancia, con lo que correría a la par del recurso de apelación frente a la sentencia en la que se ha impuesto la pena de alejamiento.

Por ello, es preciso que si el juez penal va a dictar sentencia condenatoria por un hecho de violencia de género que lleva aparejado obligatoriamente la pena de alejamiento ex art. 57.2 CP y no se ha adoptado con carácter previo por el juez de instrucción una orden de protección que incluya, al menos, la medida de prohibición citada. Así, se da una respuesta a la víctima para evitar que esta quede sin una protección articulada por el alejamiento como medida cautelar coetánea a la sentencia que se dicte, incluyendo la pena de alejamiento para el supuesto de que fuera recurrida, todo lo cual debe hacerse antes de que se dicte la sentencia y se notifique, ya que no puede estarse a la espera de que se interponga el recurso de apelación.

36) ¿Cómo debe actuar el Tribunal frente a una pena de alejamiento prevista como obligatoria en el art. 57.2 del C.P. cuando existe reconciliación entre la pareja, e incluso no se aprecia riesgo que justifique la misma?

La solución, partiendo del panorama normativo actual, es la de hacer uso del art. 4, apartado 3 del Código Penal y solicitar el indulto.

37) ¿Qué ocurre en los casos en los que es la víctima la que se acerca al agresor? Sería condenado este por un delito del art. 468 CP? ¿Podría condenarse a la víctima por inducción a la comisión de este delito? Ver sentencia del TS de fecha 26-9-2005.

En principio, entendemos que se daría una situación de ausencia de antijuridicidad de la conducta, ya que el acusado no habría sido quien propicia la conducta, sino que el acercamiento se ha producido por la víctima del primer delito de violencia de género en virtud del cual se dictó la sentencia que acordó el alejamiento.

Respecto de la víctima que es quien se acerca tampoco se debe llegar a considerarla como autora de un delito de inducción por faltar el hecho base para considerar esta forma de autoría, ya que al no dimanar la conducta de una actuación del agresor no existe delito del art. 468 CP, y en consecuencia, tampoco una inducción para cometerlo.

Además, esto ya lo resuelve el TS en la sentencia de fecha 26-9-2005 al señalar el TS que supondría unos efectos perversos entender que el acercamiento de la víctima la consideraría autora de un delito de inducción al del 468 CP al suponer una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja, cuyo derecho más relevante es “vivir juntos”, como recuerdan las SSTEDH de 24 de Marzo de 1998 y 9 de Junio de 1998, entre otras.

Lo que podrían intensificarse son las políticas de todo tipo dirigidas a que la víctima conozca realmente la situación en la que se encuentra, ya que si analizamos las estadísticas de las denuncias presentadas en el primer semestre de 2005 nos damos cuenta, por un lado, del elevado número de renunciadas a continuar con el procedimiento, que se presentan -pese a que lo hará el Ministerio Público-, tras la presentación de la denuncia y que se verifican en el gráfico que se acompaña, a saber:

DESDE EL 1 DE ENERO AL 30 DE JUNIO DE 2005
(Periodo de 6 MESES)

DENUNCIAS RECIBIDAS	1er semestre 2005	Retiradas	% retiradas sobre total recibidas
TOTALES	51.382	5.420	10,5

Esto demuestra que existe un elevado índice de situaciones de arrepentimiento de la víctima a haber presentado la denuncia, lo que realmente es contrario a las propias filosofías de protección de la víctima, ya que nos podemos mover en situaciones permanentes de agresión-denuncia-arrepentimiento-agresión, y que supone un auténtico callejón sin salida. Una opción sería, por ello, implementar planes formativos e informativos para víctimas de violencia de género, de tal manera que con la colaboración de las distintas Administraciones se elaboren planes que permitan conocer a las víctimas cuáles son sus derechos y las consecuencias de la denuncia, entre las que se encuentra la indisponibilidad de la pena y que no puede acercarse al agresor que ha sido condenado o frente al que se ha dictado una medida cautelar.

38) Juzgado competente en los casos de comisión de un delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar.

Si tan solo se comete el delito del art. 468 CP la competencia para instruir es del juzgado de instrucción. En los casos en los que concurra un delito de quebrantamiento del art. 468 CP concurriendo con el delito de violencia de género tipificado en los art. 153, 171 y 172 CP será competencia del juzgado de violencia sobre la mujer y la tipificación se ubicará en el apartado 3º del art. 153, 5º del art. 171 y 2º del art. 172 CP. En cualquier otro delito de violencia de género que se cometa al mismo tiempo que se quebrante la orden de alejamiento también será competencia del juzgado de violencia sobre la mujer.