

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer.

Referencia: FIS-C-2011-00006

ÍNDICE

I. Introducción. II. Competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. II.1 Competencia en el orden penal. II.1.1 Competencia objetiva. II.1.1.1 Por razón de la materia: a) Delito de quebrantamiento. b) Delito contra los derechos y deberes familiares. II.1.1.2 Por razón de las personas: a) Relaciones de noviazgo b) Relaciones de afectividad de mujeres menores de edad c) Relaciones sentimentales paralelas d) Parejas homosexuales e) Víctimas transexuales II.1.2 Competencia territorial II.1.2.1 Concepto de domicilio. II.1.2.2 Excepciones al fuero determinado por el domicilio de la víctima. II.1.3 Competencia por conexidad. II.2 Competencia civil. II.2.1 Catálogo de procedimientos. II.2.1.1 Procedimiento para la liquidación del régimen matrimonial y la formación de inventario. II.2.1.2 Procedimientos de ejecución de sentencias y resoluciones dictadas por los juzgados especializados. II.2.1.3 Procedimiento de justicia gratuita. II.2.1.4 Procedimiento para la reclamación derechos y gastos que hubiere suplido en un asunto el procurador o de honorarios de abogados. II.2.2 Interpretación de la expresión «fase del juicio oral» contenida en el artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil. III. La dispensa a la obligación de declarar. III.1 Excepciones a la obligación de denunciar prevista en el artículo 261 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. III.2 La dispensa del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. III.2.1 Sujetos con derecho a dispensa. III.2.1.1 Relaciones de noviazgo. III.2.1.2 Ruptura de la relación. a) Supuesto de ruptura de la convivencia en parejas de hecho. b) Ruptura de la convivencia entre cónyuges. III.2.2 Determinación del momento en que han de darse esas relaciones para la aplicación de la dispensa. III.2.3 La información del contenido del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Supuestos y efectos. IV. Legitimación del titular de la Delegación de Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer ante los Órganos Jurisdiccionales. IV.1 Personación de la Delegación del Gobierno y administraciones autonómicas. Normativa. IV.2 Problemática en torno a la personación de la Delegación del Gobierno y las Comunidades Autónomas en los procedimientos de violencia sobre la mujer. IV.2.1 Admisibilidad y cualidad de la personación. IV.2.2 Exigibilidad de querrela y prestación de fianza. V. Intervención del Ministerio Fiscal en relación con las medidas de Asistencia Social. V.1 Capítulos II y III del Título II de la LO 1/2004. V.2 Ley de Extranjería V.3 El artículo 174.2 de la Ley de Seguridad Social. VI. Dispositivos electrónicos. VII. Cuestiones sustantivas penales. VII.1 La pena de prohibición de aproximación: Artículo 57.2 del Código Penal. VII.1.1 Sobre el carácter imperativo de la pena de prohibición de aproximación en los supuestos de violencia de género y doméstica. VII.1.2 Sobre el cumplimiento simultáneo de la pena de prisión y de las penas accesorias de prohibición de aproximación y/o comunicación. VII.2 El delito de quebrantamiento. VII.2.1 «Quebrantamiento consentido» de la pena o medida cautelar de prohibición de aproximación. VII.2.2 Continuidad delictiva en los delitos de quebrantamiento de medida o de pena de aproximación y/o comunicación. VII.3 Problemática en relación con la aplicación del artículo 148-1 y 4 del Código Penal. VII.4 El delito de violencia habitual. Principio *non bis in idem*. VII.5 La nueva regulación de la pena de privación de la patria potestad y de la inhabilitación para su ejercicio. VIII. Cuestiones sustantivas civiles. Custodia compartida y violencia sobre la mujer. IX. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

El tratamiento legislativo de los malos tratos en el Derecho español, se remonta al año 1989. El artículo 425 introducido por la Ley Orgánica 3/89 de 21 de junio sancionaba la violencia física habitual sobre *"el cónyuge o persona que estuviese unido por análoga relación de afectividad o sobre hijos sujetos a patria potestad, pupilo, menor o incapaz."*

A partir de este momento las sucesivas reformas legislativas van incorporando nuevos sujetos pasivos, de manera que en el Código Penal reformado y aprobado mediante Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, a través del artículo 153 del Código Penal, se añaden a los anteriores, los ascendientes y los hijos del cónyuge o conviviente.

La Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio da una nueva redacción al artículo 153 del Código Penal extendiendo la protección penal a quien, con anterioridad a los hechos, hubiere sido cónyuge del sujeto activo o persona unida a él por análoga relación de afectividad a la conyugal, aunque no conservare tal condición al tiempo de cometerse el delito.

Por su parte, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre residenció en el artículo 153 el catálogo de conductas que hasta el momento de la reforma eran constitutivas de faltas, y que pasaban a considerarse delitos, reservando el artículo 173 para sancionar la violencia física y psíquica habitual y, entre otros extremos, volver a ampliar el círculo de sus posibles víctimas, añadiendo a los ya citados, los hermanos, las personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de la convivencia familiar, así como las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia y guarda en centros públicos y privados.

Pero la última y más importante reforma en este ámbito es la operada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género, sobre todo por el cambio de perspectiva que supone, porque, desde el punto de vista de sujetos pasivos de los tipos penales relativos al maltrato, se aparta de la violencia doméstica o intrafamiliar, centrando su atención en la violencia que se ejerce sobre las mujeres que la Exposición de Motivos describe como la manifestación más brutal de la desigualdad entre el hombre y la mujer en nuestra sociedad y que define como la violencia que se dirige sobre las mujeres *"por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión"*, delimitando en el artículo 1 su ámbito de aplicación *"a la violencia que los hombres ejercen sobre las mujeres que sean o hayan sido sus cónyuges, o que estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad aún sin convivencia"*. Junto a ellas se incorporan como sujetos pasivos de las conductas delictivas descritas en los artículos 153 (maltrato ocasional), 148 (lesiones), 171 (amenazas) y 172 (coacciones) del CP, a *"las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor"*.

En este punto, la Fiscalía General del Estado no ha permanecido ajena a este fenómeno social, manifestando gran interés y preocupación, traducido entre otros en:

- a) Instrucción 1/1988 sobre "Persecución de malos tratos a personas desamparadas y necesidad de hacer cumplir las obligaciones alimenticias, fijadas en los procesos matrimoniales".
- b) Circular 1/1998 sobre "Intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar".
- c) Circular 3/2003 sobre "Cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección".
- d) Circular 4/2003, sobre "Nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica".
- e) Instrucción 4/2004, sobre "Protección de las víctimas y reforzamiento de las medidas cautelares en relación con los delitos de violencia doméstica".
- f) Instrucción 2/2005, sobre "Acreditación por el Ministerio Fiscal de las situaciones de violencia de género".

g) Consulta 2/2006, sobre la prisión preventiva acordada en supuestos de malos tratos del art. 153 del Código Penal. Límite de su duración.

En este sentido, un apartado más específico merecen la Instrucción 7/2005 relativa a "El Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer y las Secciones contra la Violencia sobre las Fiscalías" y la Circular 4/2005 "Relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de protección integral contra la violencia de género".

Ambas se enfrentaron, sin precedentes previos, a cuestiones absolutamente nuevas. Por un lado, cómo habría que organizar un nuevo modelo de Fiscalía que rompía con la clásica estructura de las Fiscalías tradicionales y, por otro, cómo unificar criterios de actuación estableciendo las primeras pautas doctrinales, entre otras, sobre los nuevos tipos penales, normas de competencia penales y civiles, medidas judiciales de protección y de seguridad de estas víctimas, derecho supletorio y objeto de la ley.

Suponían, pues, una doctrina esencial, no solo para mantener la unidad de criterio, sino también como criterios de interpretación y actuación de los nuevos órganos judiciales de violencia sobre la mujer.

Reconociendo el esfuerzo de acercamiento interpretativo que supuso la Circular 4/2005, la finalidad de esta Circular es, por un lado, corroborar lo que se expuso en el año 2005 y, por otro, plasmar la doctrina mayoritariamente seguida ante los Tribunales de Justicia encargados del conocimiento y enjuiciamiento de estos actos regulados en el Título IV de la Ley Orgánica 1/2004.

II. COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

II. 1. Competencia en el orden penal

II.1.1. Competencia objetiva

La competencia objetiva de los Juzgados de Violencia se estructura sobre los siguientes criterios: la atribución por razón de la materia y por razón de las personas.

El art. 87 ter párrafo 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial 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:*

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

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

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

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

e. Dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la Ley".

II.1.1.1. *Por razón de la materia*

El criterio seguido por la ley para la determinación de la competencia por razón de la materia, se corresponde con un sistema mixto que comprende junto a un catálogo de infracciones penales, una cláusula genérica de cierre y determinadas competencias por conexión que, como decía la Circular 4/2005, "*conviene delimitar para no perjudicar el principio de seguridad jurídica*".

Dando por reproducidas aquí todas las observaciones efectuadas en relación a este precepto en la Circular 4/2005, son dos las cuestiones que, por la experiencia acumulada en los cinco años de vigencia de la ley, han de ser objeto de reflexión y estudio en esta Circular:

a) Delito de quebrantamiento

Llama poderosamente la atención el hecho de que en el catálogo de delitos incluido en el apartado a) del art. 87 ter 1 de la LOPJ, no se haga una referencia expresa al delito de quebrantamiento de pena del art. 48 del CP o de medida cautelar o de seguridad de igual naturaleza (pena o medida de alejamiento) impuesta para proteger a la mujer víctima de violencia de género (art. 468.2 del CP).

Al ser un delito contra la Administración de Justicia queda fuera de los Títulos del Código Penal a que se refiere el catálogo antes mencionado, y por lo tanto es competencia de los Juzgados de Instrucción.

Ahora bien, cuando el quebrantamiento vaya acompañado de un acto de violencia, serán competentes los Juzgados de Violencia sobre la Mujer pues o bien es de aplicación el tipo penal agravado específico (153.1 y 3; 171.4 y 5; 172.2 in fine, todos del CP) o bien aparecerá el delito de quebrantamiento en concurso medial (art. 77 del CP) con el delito violento.

Tal criterio es el que se mantuvo en las Conclusiones del Seminario de Fiscales de Violencia sobre la Mujer, que tuvo lugar los días 17 y 18 de noviembre de 2005, en consonancia con la Circular 4/05.

Los Fiscales que conocieran del nuevo procedimiento incoado por el delito de quebrantamiento debían interesar la remisión de testimonio bastante de lo actuado al órgano judicial que esté tramitando el procedimiento en que se haya acordado la medida cautelar quebrantada a los efectos de que este convoque y celebre la comparecencia prevista en el art. 505 de la LECr de conformidad con el último párrafo del art. 544 bis del mismo texto legal o bien, en el caso de que el quebrantamiento lo fuera de pena de alejamiento, remitir el testimonio al Juzgado de lo Penal que esté ejecutando dicha pena incumplida a los efectos que procedan en la ejecutoria.

Este era el criterio acogido por todos los tribunales pues es el único que se ajusta a la letra de la ley y al principio de improrrogabilidad de la competencia (art. 117 de la CE y 9.1 de la LOPJ).

No obstante, con el transcurso del tiempo, y en pro de la especialización, se advirtió la necesidad de que este tipo delictivo, cuando la medida o pena incumplida fue impuesta como consecuencia de actos de violencia sobre la mujer y para proteger a esta, fuera competencia de los Juzgados especializados.

En la práctica, tal postura se ha materializado en el hecho de que, en virtud de normas de reparto internas, algunos Juzgados de Violencia sobre la Mujer conozcan de todos los quebrantamientos de medida cautelar o penas impuestas como consecuencia de actos de violencia de género.

Asimismo, los Juzgados de lo Penal de Madrid con competencia exclusiva en materia de violencia de género (constituidos por Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de fecha 25 de noviembre de 2010, del Pleno de Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuye a determinados Juzgados de lo Penal creados y constituidos por el Real Decreto 819/2010, de 25 de junio, el conocimiento, con carácter exclusivo, de la materia relativa a la violencia sobre la mujer y otros extremos), en virtud también de sus normas de reparto, se han reservado la competencia para el enjuiciamiento de estos delitos aun cuando no se haya producido acto de violencia alguno, si la protegida era una mujer víctima de violencia de género.

b) Delito contra los derechos y deberes familiares

En segundo lugar, es preciso hacer referencia a la polémica suscitada en relación a la determinación del órgano judicial competente para la instrucción de los delitos contra los derechos y deberes familiares que el apartado b) del art. 87 ter 1 de la LOPJ atribuye a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer cuando la víctima sea alguna de las referidas como tales en la letra anterior.

La Circular 4/2005, tras delimitar qué tipos delictivos, de los incluidos en el Capítulo III del Título XII del Libro II CP, de los delitos contra los derechos y deberes familiares, pueden ser competencia de los Juzgados especializados (los tipificados en los arts. 224, 225 bis, 226, 227, 229 a 231 y 232 del CP) ya se decantaba por entender que *"los delitos contra los derechos y deberes familiares cometidos contra descendientes, menores o incapaces del art. 87 ter.1b) LOPJ deberán ir acompañados de actos de violencia de género para tener cabida en el marco competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.*

En concreto, razona la Circular que *"en cuanto al delito de abandono de familia propio (art. 226 CP) el tipo penal extiende el círculo de agraviados además de al cónyuge, a los descendientes y ascendientes que se hallen necesitados, pero por imperativo del artículo primero de la Ley, éstos dos últimos supuestos quedarán fuera del ámbito competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, salvo que tratándose de descendientes también se haya producido un acto de violencia de género.*

El delito de impago de pensiones (...) también puede tener como sujeto pasivo a la mujer que es o ha sido cónyuge, a los hijos, o ambos.

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

La postura de las Secciones de Violencia sobre la Mujer fue la mantenida en la Circular, pues si se analiza el precepto referido en su contexto normativo, el propio apartado atribuye el conocimiento de tales delitos a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer cuando *"la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a)".* Esto es:

a) *"a quien sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia"* adquiriendo la condición de víctima, no solo por el hecho de ser mujer o mantener la relación de afectividad referida, sino por haber sufrido alguno de los delitos recogidos en el catálogo a que se refiere ese apartado;

b) *"a los menores o incapaces que con él (el agresor) convivan o que se hallen sujetos a su potestad, tutela, acogimiento o guardia de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género"*.

De la interpretación conjunta de ambos apartados se deduce con claridad que cuando el sujeto pasivo del delito denunciado sean los hijos o menores o incapaces referidos anteriormente (supuesto del impago de pensiones alimenticias establecidas a favor de los hijos), será competente el Juzgado de Violencia sobre la Mujer solo cuando también se haya producido un acto de violencia de género, dado que estos tienen la condición de víctimas, a los efectos procesales a que se refiere el artículo analizado solo cuando concurren los presupuestos de la letra a) esto es, de conformidad con la interpretación ya consolidada de la Circular 4/2005, *"cuando también se haya producido un acto de violencia de género"*.

Pero, además, tampoco será competente el Juzgado de Violencia sobre la Mujer cuando el sujeto pasivo del delito contra los derechos y deberes familiares es quien sea o *haya sido cónyuge o pareja del obligado al pago* (supuesto del impago de las pensiones compensatorias o alimenticias establecidas a favor de esta) a no ser que ésta también haya sufrido un acto de violencia de género de los referidos en el precepto anterior, obviamente por el que incumple esa obligación, pues sólo así adquiere la condición de víctima que exige el precepto para que se produzca la atracción competencial.

A esa conclusión ha de llegarse haciéndose una interpretación sistemática en relación con el art. 1.3 de la LO 1/04 que dispone que *"la violencia de género a que se refiere la presente ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones contra la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad"*, no siendo el incumplimiento de los deberes y derechos familiares un acto de violencia física o psicológica en sí mismo considerado; por ello el legislador limita la atracción competencial a aquellos supuestos en los que además se haya cometido un acto de violencia de los referidos y concretados en la letra a) del párrafo 1 del art. 87 ter de la LOPJ.

Por tanto, no serán competentes los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para la instrucción y, en su caso fallo, de los procedimientos incoados por delitos contra los derechos y deberes familiares, salvo que concurra también un acto de violencia de género.

Esta interpretación ha sido acogida por los Tribunales. En este sentido, se debe hacer referencia al Acuerdo de los Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 diciembre 2005 así como a la Actualización de criterios orientativos adoptados por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Alicante el 29 de marzo de 2011.

II.1.1.2. *Por razón de las personas*

La restricción del objeto legal de la violencia de género que la diferencia conceptualmente de la violencia doméstica es abordada por primera vez en la Instrucción 2/2005 "Sobre la acreditación por el Ministerio Fiscal de las situaciones de violencia de género" con ocasión de analizar los presupuestos que deben concurrir para entender acreditada la condición de víctima de violencia sobre la mujer, siendo uno de ellos *"que tengan como sujeto activo en todo caso a un hombre, que el sujeto pasivo sea una mujer y que entre ambos exista, o haya existido, una relación matrimonial o relación similar de afectividad, aun sin convivencia"*.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género limita su ámbito de aplicación *"a la violencia que los hombres ejercen sobre las mujeres que sean o hayan sido sus cónyuges, o que estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad aún sin convivencia"*.

La Circular 4/2005 relativa a los "Criterios de aplicación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género", cuerpo de doctrina que en lo que a éste apartado se refiere, mantiene su vigencia, reproduce su ámbito de aplicación en similares términos, pero especificando que, junto a la tutela penal que se dispensa a estas mujeres, la citada Ley hace extensiva la protección a las *"personas especialmente vulnerables que convivan con el autor."*

Aun estando claros estos conceptos, se hace necesario perfilar algunos temas en relación a los sujetos que son objeto de tutela penal. En primer lugar porque el transcurso de estos años desde que la LO 1/04 entró en vigor nos ha mostrado algunas cuestiones relativas a la diferente interpretación que puede darse sobre el alcance de la relación afectiva entre hombres y mujeres, consecuencia de los cambios legislativos y sociales que se han producido y que supone un amplio y variado abanico de situaciones que puede diferir en razón a la edad, frecuencia e intensidad de la relación.

En primer lugar, las relaciones "more uxorio" han sido asimiladas a las relaciones conyugales. Así en la Disposición Adicional 3ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, reguladora de la adopción, ya se identificaba la unión *"...more uxorio como la relación de hombre y mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal"*. Y en idéntico sentido se pronunciaba la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal

Supremo, de 18 de mayo de 1992, según la cual, "... *la convivencia more uxorio, ha de desarrollarse en régimen vivencia! de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años...*"

Por ello las sucesivas reformas del Código Penal, en el contexto que nos ocupa, se han referido al cónyuge o "*persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad*".

Ahora bien, en estas relaciones afectivas entre hombres y mujeres no unidas por vínculo matrimonial, se han producido dos modificaciones destacables, primero las de los años 1995 y 1999 al añadir el vocablo "estable" y segundo, la reforma del año 2003, que elimina el citado vocablo por resultar innecesario al ser una característica propia de todas esas relaciones y estar insitas en su contenido.

Cuando el legislador del año 2003 añade el inciso "*sin convivencia*", está yendo más allá de las "uniones de hecho" expresando la multiplicidad de relaciones afectivas en que los sentimientos de los hombres y las mujeres pueden manifestarse, pues estas pueden producirse con o sin convivencia, sin limitaciones de edad, pueden ser notorias o desconocidas para terceros o más prolongadas o no en el tiempo.

a) Relaciones de noviazgo

La relación de noviazgo es una relación afectiva socialmente abierta y sometida a un cierto grado de relatividad en cuanto a los caracteres que la definen, porque, entre otras modalidades, puede tratarse de una persona que mantiene relaciones amorosas con fines matrimoniales, o puede aludir a una persona que mantiene una relación amorosa con otra, sin intención de casarse y sin convivir con ella.

Son relaciones que trascienden de los lazos de amistad, afecto y confianza y que crean un vínculo de complicidad estable, duradero y con cierta vocación de futuro; distinta de la relación matrimonial y "more uxorio", en las que se despliegan una serie de obligaciones y derechos que a los novios no les vincula, y que también de las relaciones ocasionales o esporádicas, de simple amistad o basadas en un componente puramente sexual, o que no impliquen una relación de pareja.

Por ello, cuando el legislador del año 2003 reformó el artículo 173.2 del CP (referido a la violencia habitual) e introdujo "*o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia*", sin duda alguna se estaba refiriendo, entre otras, a las relaciones de noviazgo,

b) Relaciones de afectividad de mujeres menores de edad

Los artículos 315 del Código Civil y 12 de la CE fijan la mayoría de edad a los 18 años. Por ello, se está planteando ante los Tribunales de Justicia la cuestión relativa a si las mujeres menores de edad pueden o no ser sujetos pasivos de la violencia de género en cuanto a si gozan de la capacidad necesaria para decidir el inicio de una relación sentimental.

La Circular 1/2010 "Sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes" dejaba al margen el estudio sobre los supuestos de violencia de género en la jurisdicción de menores, teniendo en cuenta que esta manifestación delictiva presentaba una incidencia menor en esta jurisdicción especial. No obstante se constata, a través de las denuncias que llegan a la Fiscalía de Sala de Violencia y a las Secciones contra la violencia sobre la mujer de las Fiscalías Provinciales, cómo en ellas se reproducen los roles de dominación/sumisión a través de conductas en ocasiones violentas.

En nuestro Ordenamiento jurídico son diversas las normas que otorgan capacidad al menor de edad. Las sucesivas reformas del Código Civil constituyen representativos ejemplos en los que se otorga al menor facultad para realizar por sí mismos actos con eficacia jurídica: por citar algunos ejemplos, pueden otorgar testamento a los 14 años (artículo 663 CC); el art. 48 CC permite contraer matrimonio con dispensa del Juez de Primera Instancia a los menores a partir de los 14 años; el art. 1329 CC autoriza al menor que con arreglo a la Ley pueda casarse a otorgar por sí solo capitulaciones matrimoniales en las que pacte el régimen de separación o el

participación. Igualmente puede ejercer la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres o de su tutor (art. 157 CC); el art. 177.1 CC exige el consentimiento del menor mayor de 12 años para constituir su adopción; el art. 443 CC permite a los menores en general adquirir la posesión de las cosas, el art. 625 CC aceptar donaciones y el artículo 320 CC autoriza al Juez para conceder la emancipación de los hijos mayores de 16 años.

Bastan estas citas de los preceptos reseñados para concluir que aunque la plena capacidad se concede con la mayoría de edad, las mujeres que no la han alcanzado gozan de capacidad para decidir el inicio de una relación sentimental que las sitúa, sin duda alguna bajo la esfera de tutela penal que se otorga a las mujeres víctimas de violencia de género.

El artículo 17 de la LO 1/04, así lo recoge, al disponer que *"todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, tienen garantizados los derechos reconocidos en la Ley."*

Los sujetos pasivos de los tipos penales relativos a la violencia que se ejerce sobre la mujer están perfectamente definidos, sin que la norma exija, condicione o defina las circunstancias que deben concurrir para tener por acreditada una relación sentimental, aunque este extremo deba ser objeto de prueba.

Finalmente, no parecen criterios asumibles aquellos que niegan la tutela penal a las adolescentes víctimas de violencia de género, por carecer de proyecto de vida en común con su pareja; o por convivir con los padres y depender económicamente de ellos, o por haber existido una ruptura transitoria en la relación, o por cualquier otra causa que la norma no requiere. La realidad nos pone de manifiesto que en algunas relaciones entre adolescentes o jóvenes se ejercen conductas de control, asedio, vigilancia, agresividad física o verbal o diversas formas de humillación que encajan en los tipos penales contenidos en los arts. 153 (delito de maltrato ocasional), 171-4 (delito de amenazas) 172-2 (delito de coacciones) 148-4 (delito de lesiones) y 173-2 del C.P. (delito de violencia habitual).

c) Relaciones sentimentales paralelas

De idéntico modo que en las anteriores, la protección de la norma penal alcanza a aquellas relaciones que trascienden de los lazos de amistad, afecto y confianza, como una manifestación más de la relaciones de afectividad more uxorio, considerando que sólo podrán excluirse aquellas que se mantienen de modo esporádico u ocasional.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en este sentido, a través de la STS 510/2009 de 12 de mayo, que, reconociendo la dificultad de dar respuesta a todos y cada uno de los supuestos que la práctica puede ofrecer respecto de modelos de convivencia susceptibles de ser tomados en consideración para la aplicación de los tipos penales relativos a la violencia de género, estima que lo decisivo para que la equiparación entre el matrimonio y situaciones análogas se produzca es *"que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro. Quedando por tanto excluidas del concepto de "análoga relación de afectividad" las relaciones puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar los móviles del sujeto activo de la violencia sobre la mujer"*.

Y finalmente, apunta a una de las características que son propias de estas relaciones, al establecer que *"La protección penal reforzada que dispensan los citados preceptos no puede excluir a parejas que, pese a su formato no convencional, viven una relación caracterizada por su intensidad emocional"*.

d) Parejas homosexuales

De forma clara la Circular 4/2005 las incluía, a los efectos de tutela penal, en el apartado 2 del artículo 153, referido a la violencia doméstica. Y así lo expresaba al concluir: *"asimismo, la dicción legal del art. 1 LO 1/2004 implica que las parejas de un mismo sexo han quedado excluidas de su ámbito de especial protección, aunque no puede ignorarse que en algún supuesto en ellas podrían reproducirse relaciones de dominación análogas a las perseguidas"*

en esta Ley por interiorización y asunción de los roles masculinos y femeninos y de sus estereotipos sociales."

La STS 1068/2009 de 4 de noviembre estima el recurso interpuesto por el recurrente que había sido condenado por un delito del art. 171.4 del CP, por haber proferido amenazas a su pareja sentimental homosexual, aduciendo que entre amenazante y amenazado existía una relación de "pareja conviviente, siendo en aquel momento compañeros sentimentales". El Tribunal Supremo casa la sentencia dictando otra en su lugar en que absuelve al acusado recurrente y le condena por una falta de amenazas prevista en el art. 620 CP, y lo argumenta del siguiente modo: *"ocurre, sin embargo, que el tipo penal aplicado establece con meridiana claridad que el sujeto pasivo de la leve amenaza es la persona que sea o haya sido la esposa o mujer que esté o haya estado ligado al autor por una relación análoga de afectividad. No prevé la norma que la víctima pueda ser un individuo del sexo masculino. En nuestro caso, la relación de pareja sentimental se establece entre dos hombres, lo que escapa a la descripción típica, sin que le esté permitido a esta Sala hacer una interpretación extensiva de la norma, en perjuicio del reo"*.

e) Víctimas transexuales

La Circular 4/2005 al delimitar el ámbito de aplicación de la LO 1/2004, entendía incluido en el apartado 1 del artículo 153 a las *"parejas de distinto sexo formadas por transexuales reconocidos legalmente si el agresor es el varón y la víctima la mujer"*.

Antes de concluir en qué modo se puede interpretar la condición "reconocidos legalmente", es preciso hacer referencia a los conceptos que lo definen, partiendo de la diferencia básica entre persona homosexual y persona transexual y a las modificaciones legislativas que se han producido en torno al reconocimiento y efectos de la transexualidad.

La transexualidad está relacionada con la identidad sexual —el sexo con el que el individuo se identifica—, mientras que la homosexualidad se relaciona con la orientación sexual. Por ello se define transexual como *"la persona que se siente del otro sexo, y adopta sus atuendos y comportamientos; persona que mediante tratamiento hormonal e intervención quirúrgica adquiere los caracteres sexuales del sexo opuesto"*, mientras que define la homosexualidad como la *"Inclinación hacia la relación erótica con individuos del mismo sexo"*.

La diferencia apuntada sirve para justificar por qué el distinto tratamiento dispensado por la Circular 4/05 ya referido, al incorporar bajo el ámbito de aplicación de la LO 1/04 exclusivamente a los transexuales reconocidos legalmente si el agresor es varón y la mujer víctima, e incorporando al ámbito de la violencia doméstica la protección penal de las parejas homosexuales.

En relación a este tema se hace preciso traer a colación que el 17 de marzo de 2007 entró en vigor la Ley 3/2007 de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas fijando los requisitos legales que desde ese momento son exigibles para que la mención de sexo sea rectificada en el Registro Civil.

Anteriormente a la publicación de la citada Ley, el Tribunal Supremo venía reconociendo una cierta importancia al sexo psicológico y social admitiéndolo como criterio que podía prevalecer sobre el biológico, pero exigiendo al mismo tiempo la acreditación de cirugía total de reasignación sexual, y la implantación de los órganos, al menos en su apariencia externa, del sexo deseado (en este sentido SSTs de la Sala 1ª, 811/2002, de 6 de septiembre y 929/2007 de 17 de septiembre).

El legislador, a través de la citada Ley 3/2007, de 15 de marzo, elimina los requisitos que se exigían por parte de los Tribunales, al suprimir el requisito de la cirugía de reasignación sexual, consistente en procesos quirúrgicos a los que las mujeres y los varones transexuales se sometían para armonizar su sexo anatómico con su identidad, y sustituirlo por otros contemplados en el artículo 4.

Así viene recogido en la Disposición Transitoria Única de la citada Ley: *"La persona que, mediante informe de médico colegiado o certificado del médico del Registro Civil, acredite haber sido sometida a cirugía de reasignación sexual con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, quedará exonerada de acreditar los requisitos previstos por el artículo 4.1[1]"*, que, en

definitiva viene a equiparar la cirugía de reasignación sexual al diagnóstico de disforia de género.

La Ley 3/2007 centra su objetivo en la rectificación de la mención registral del sexo regulando un procedimiento ante el Registro Civil, a través de un "expediente gubernativo" ("procedimiento registral" a partir de 2014, fecha en que entrará en vigor la reforma de la Ley del Registro Civil operada por Ley 20/2011, de 21 de julio).

La resolución que acuerde la rectificación tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil (5.1), y permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición (5.2), y no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio (5.3).

La ley, por tanto, otorga efectos civiles plenos a la rectificación, de manera que, quien la obtenga, podrá vivir de acuerdo con su nueva condición a todos los efectos jurídicos y, por lo tanto, ser amparada por todos los derechos que la LO 1/04 le reconoce.

La cuestión se plantea en relación a aquellas mujeres transexuales que no han llevado a cabo la rectificación registral del cambio de sexo en el Registro Civil, y, por tanto, si esa ausencia de asiento registral deriva en que las mujeres transexuales que sufran o hayan podido sufrir violencia de género se vean privadas de su condición de víctima desde el punto de vista del art. 1 de la LO 1/04, o, si por el contrario, se les incluye bajo la protección de la tutela penal y competencial de la citada Ley, en la que despliegan todos sus efectos los derechos y medidas asistenciales previstas en el mismo texto legal.

Cuando el legislador está aludiendo a garantizar el libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad de las personas, está haciendo referencia explícita a la protección de los Derechos Fundamentales establecidos en el artículo 10 CE (dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad). Pero también el artículo 15 CE donde se establece el derecho a la vida y a la integridad física y moral, el derecho a la intimidad y la propia imagen del artículo 18 CE, el artículo 14 CE referido al derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo, e incluso, el artículo 43.1 CE donde se refleja el derecho a la protección de la salud. Y es que la salud no ha de definirse como sinónimo de no padecer enfermedad, sino más genéricamente, en el disfrute de un bienestar general, psíquico-mental y social, que ayude a un pleno desarrollo personal.

La realidad nos muestra que una parte de la población de este país, las mujeres transexuales, son víctimas de malos tratos por sus parejas varones, a lo hay que añadir que puede darse la circunstancia de que se trate de víctimas extranjeras que carecen de la posibilidad de acudir al procedimiento de rectificación registral.

En este sentido, el derecho penal permite un margen de autonomía conceptual que da solución satisfactoria a este problema. Desde el punto de vista del fin de protección de la norma y de la configuración del bien jurídico protegido cabe perfectamente la posibilidad de considerar a las mujeres transexuales como víctimas de violencia de género con independencia de las previsiones formales de la ley 3/07. Y ello por cuanto nada impide al juez penal apreciar la concurrencia de los requisitos materiales que permitirían la efectividad del cambio en la certificación registral (artículo 4 de la ley 3/07), con independencia de que ésta se haya producido.

En este sentido ya se ha pronunciado la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Málaga (Rollo nº 206/10), a través de Auto dictado el día 3 de mayo de 2010, que resuelve que una cuestión de competencia planteada por un Juzgado de Violencia sobre la mujer para la tramitación e investigación de una denuncia interpuesta por una mujer transexual (originariamente varón), contra un hombre con el que mantenía una relación sentimental, correspondía al Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Málaga. Para ello se basa en que la prueba médico forense practicada permite determinar que el denunciante se encuentra intervenido quirúrgicamente de cambio de sexo y presenta *"una identificación acusada y persistente con el sexo femenino"*. Y que *"desde el punto de vista conductual y emocional el denunciante está más cerca del género femenino que del masculino"*.

Tras reconocer la Sala que el denunciante carece de documento oficial acreditativo de su identidad (*"que por otra parte no puede tramitar según manifiesta el interesado por carecer de nacionalidad española"*), no aplicar al mismo la LO 1/2004, *"supone desconocer una realidad social representada por un colectivo de personas que se identifican intensamente con el otro sexo; consideraciones que en definitiva conducen a la estimación de la cuestión de competencia planteada"*

Por lo tanto, aun cuando la mujer transexual no haya acudido al Registro Civil para rectificar el asiento relativo a su sexo, si se acredita su condición de mujer a través de los informes médico-forenses e informes psicológicos por su identificación permanente con el sexo femenino, estas mujeres transexuales, nacionales y extranjeras, pueden ser consideradas como víctimas de violencia de género.

II.1.2. Competencia territorial

El artículo 15 bis de la LECr. (adicionado por el art. 59 de la LO 1/2004) dispone que *"En el caso de que se trate de alguno de los delitos o faltas cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, la competencia territorial vendrá determinada por el domicilio de la víctima..."*.

Este artículo, como dice la Circular 4/05, contempla dos excepciones al fuero del domicilio, atribuyendo la competencia al Juez del lugar de la comisión de los hechos... *"para la adopción de la orden de protección o medidas urgentes del art. 13 de la LECr."* a lo que habría que añadir la competencia del Juez de Guardia del lugar donde se solicita la orden de protección que no sea el del domicilio de la víctima ni el de la comisión de los hechos (fueros subsidiarios).

Se trata en primer lugar el concepto de domicilio para después abordar las excepciones a este fuero.

II.1.2.1. Concepto de domicilio

La Circular 4/2005 estableció criterios en orden a la determinación del domicilio de la víctima y de las consecuencias de sus eventuales cambios.

Todos los criterios interpretativos de este precepto establecidos en aquella Circular se han consolidado y, en concreto, en cuanto a qué domicilio se ha de atender para determinar el juzgado competente, el de la víctima en el momento de la comisión de los hechos o el de la víctima en el momento de la denuncia.

La Circular 4/05 advertía en relación a este tema que *"El nuevo criterio normativo no precisa si hay que atender al domicilio de la víctima en el momento en que ocurren los hechos punibles, o al que tenga en el momento de la denuncia."*

Y añade que *"en principio razones de índole práctica aconsejarían inclinarse por este último, habida cuenta de que en ocasiones las víctimas se ven obligadas a cambiar de domicilio precisamente a consecuencia de las conductas delictivas de que son objeto, más no podemos olvidar que en la LOMPIVG el domicilio de la víctima fija la competencia y que ésta afecta al derecho al juez legal, por lo que habrá que estar al domicilio de la víctima en el momento de comisión de los hechos como fuero predeterminado por la Ley, pues otra interpretación podría dejar a la voluntad de la denunciante la elección del juez territorialmente competente"*.

Tal posición ha sido refrendada por la jurisprudencia y así, por Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 31-1-06, se concluyó que *"el domicilio a que se refiere el Art. 15 bis LECrim es el que tenía la víctima a ocurrir los hechos"*, Pleno que dio lugar al Auto de 2 de febrero de 2006, n° de Recurso 131/2005.

Posteriormente y siguiendo ese criterio, se han dictado multitud de resoluciones en el mismo sentido: Autos del Tribunal Supremo de 3 de marzo, 6 de marzo, 3 de octubre, 6 de octubre de 2006, 24 de septiembre de 2009, 9 de julio y 21 de octubre de 2010, 14 y 19 de enero, 18 de febrero, 10 de marzo y 12 de mayo de 2011).

Añade la Circular que *"Por la misma razón los cambios de domicilio posteriores a la denuncia serán irrelevantes. La institución procesal de la perpetuatio iurisdictionis, aplicable en este"*

punto al proceso penal, impone que la situación —táctica y jurídica— que sirvió de base para fijar la competencia de un determinado órgano jurisdiccional se considere determinante del fuero, sin perjuicio de que aquella situación se modifique a lo largo del proceso y sin que pueda alterarse la competencia por un acto de voluntad de alguna de las partes (STS 2ª 782/1999, de 20 de mayo y ATS 2ª de 18 de mayo de 1997)"

Dicha posición también ha sido ratificada por la Sala 2a del Tribunal Supremo (Autos de 6 de marzo de 2006, 10 de octubre de 2006 y 24 de octubre de 2010), resoluciones que reproducen los argumentos esgrimidos por la FGE.

II.1.2.2. Excepciones al fuero determinado por el domicilio de la víctima

Desde la entrada en vigor de la LO 1/2004, se planteó el problema de determinar qué órgano judicial ha de resolver la orden de protección (artículo 544 ter de la LECr.) si aquella se solicitara —tratándose de una víctima de violencia de género— fuera de las horas de audiencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer o en una partido judicial distinto al territorialmente competente.

Como dice la Circular 4/2005 de la FGE *"la necesidad de priorizar la respuesta judicial en tales casos, motiva la habilitación de otros órganos jurisdiccionales para ello"*.

Por esta razón, el Juez de Instrucción de guardia será competente para conocer de esas solicitudes de órdenes de protección de conformidad con el propio tenor del art. 15 bis de la LECr, que dispone, al establecer la competencia territorial a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer del domicilio de la víctima, como excepción, *"la adopción de la orden de protección, o de las medidas urgentes del art. 13 de la presente Ley que pudiera adoptar el Juez del lugar de la comisión de los hechos"*.

La Circular 4/2005 nos dice que el art. 15 bis LECrim *"contempla dos excepciones al fuero del domicilio, atribuyendo la competencia al Juez del lugar de comisión de los hechos para la adopción de la orden de protección o de medidas urgentes del artículo 13 de la presente Ley. A lo que se debe añadir la salvedad derivada de la competencia del Juez de guardia ante el que se solicite una orden de protección para resolver la misma, aunque no sea ninguno de los dos anteriores, conforme a lo establecido en el art. 544 ter.3 LECrim que no ha sido objeto de modificación"*.

La Circular 3/2003 de la Fiscalía General del Estado, también vigente, insta a los Sres. Fiscales a dictaminar a favor de la resolución de la orden de protección por el Juez de guardia ante el que se presentase la solicitud, en tanto que primeras diligencias, sin perjuicio de la posterior remisión de los autos resolviendo la orden de protección al que resultare finalmente competente para conocer de la causa.

Son dos, por tanto, las situaciones conflictivas:

1ª. Que la orden de protección se solicite en el Partido Judicial del domicilio de la víctima pero fuera de las horas de audiencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer objetivamente competente.

2ª. Que la orden de protección se solicite en un Partido Judicial distinto al del domicilio de la víctima, que puede coincidir o no con el lugar de la ejecución de los hechos.

La Circular 4/2005 establece que cuando el art. 544 ter de la LECr se refiere al juez del lugar de la comisión de los hechos, por tal *"ha de entenderse el Juez de guardia, ya que en ambos casos (solicitud fuera de las horas de audiencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer o en una partido judicial distinto al territorialmente competente) se trata de medidas de carácter urgente e inaplazable que deben ser adoptadas por un juez que no es territorialmente competente para conocer del asunto y el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de ese partido judicial —recuérdese que nos estamos refiriendo al competente por razón del territorio— no desempeña funciones de guardia aunque se encuentre en horas de audiencia"*.

Tales criterios, establecidos en la Circular 4/2005 mantienen plena vigencia, pero han de ser aplicados a luz de las actuales circunstancias dada la creación de un servicio de guardia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en algunas demarcaciones judiciales.

Por Acuerdo de 17 de julio de 2008, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se modifica el Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, de los Aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, en materia de servicio de guardia en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en el artículo 62 bis, dispuso que *"En los partidos judiciales donde existan cuatro o más Juzgados de Violencia sobre la Mujer, se establecerá un servicio de guardia de permanencia en el que turnarán de modo sucesivo todos los órganos de tal naturaleza en ellos existente"*.

A partir de su entrada en vigor, para concretar qué juzgado es competente para la resolución de las solicitudes de órdenes de protección y otras actuaciones judiciales urgentes, será preciso distinguir entre el partido judicial del domicilio de la víctima u otro distinto y atender a si en el partido judicial de que se trate se ha establecido servicio de guardia entre los Juzgados especializados (en la actualidad Madrid, Barcelona, Valencia y Sevilla) o no:

a) Solicitud de orden de protección en el partido judicial del domicilio de la víctima donde el Juzgado de Violencia sobre la Mujer no presta servicio de guardia.

En este caso, habrá que distinguir si este se encuentra en horas de audiencia o no. Si está dentro de ese horario, el Juzgado de Violencia será el competente para la resolución de la orden de protección, en caso contrario el competente es el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia.

Ello se deduce con absoluta claridad del artículo 42.4 del Reglamento de Aspectos accesorios de las actuaciones judiciales ya citado, que dispone que seguirá siendo *"objeto del servicio de guardia de los Juzgados de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción la regularización de la situación personal de quienes sean detenidos por su presunta participación en delitos cuya instrucción sea competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la resolución de las solicitudes de adopción de las órdenes de protección de las víctimas de los mismos, siempre que dichas solicitudes se presenten y los detenidos sean puestos a disposición judicial fuera de las horas de audiencia de dichos Juzgados. ..."*

b) Solicitud de orden de protección en el partido judicial del domicilio de la víctima donde el Juzgado de Violencia presta servicio de guardia.

El Juzgado de Violencia será competente para su tramitación si está en horario de guardia; si la actuación urgente surge fuera de dicha horas, el competente es el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia.

En este sentido, el mismo art. 42.4 del Reglamento dispone que cuando *"la intervención judicial haya de producirse fuera del período de tiempo en que preste servicio de guardia el Juzgado de Violencia sobre la Mujer"* seguirán siendo competentes los Juzgados de Instrucción en funciones de guardia, toda vez que *"El servicio de guardia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (...), se prestará durante tres días consecutivos en régimen de presencia de 9 a 21 horas."* y que *"En las actuaciones inaplazables que se presenten en los restantes periodos de tiempo, intervendrá el Juzgado de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción que en esos momentos se encuentre prestando el servicio de guardia, el cual remitirá las diligencias practicadas al órgano competente. (Artículo 62 bis.3 del Reglamento 1/2005), será competente el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia.*

c) Solicitud en un partido judicial distinto al del domicilio de la víctima, que puede o no coincidir con el lugar de la ejecución de los hechos, si en tal demarcación no existe servicio de guardia del Juzgado de Violencia.

El competente para su resolución es el Juez de Instrucción de Guardia de ese Partido Judicial de conformidad con el art. 544 ter.3 de la LECr, pues como dice la Circular 4/05, el Juzgado de Violencia no ejerce funciones de guardia.

d) Solicitud en un partido judicial distinto al del domicilio de la víctima en el que está establecido el servicio de guardia de los Juzgados de Violencia (Madrid, Barcelona, Valencia o Sevilla, en la actualidad) y durante el horario de permanencia,

La competencia para el trámite y resolución corresponde al Juzgado de Violencia en funciones de guardia de ese partido.

De conformidad con el art. 62 bis 2 del Reglamento 1/2005, los Juzgados de Violencia en funciones de guardia asumen las mismas competencias que los Juzgados de Instrucción en funciones de guardia *"en lo relativo a las competencias que les son propias"* y esas competencias se refieren en el art. 42 que establece el objeto del servicio de guardia: *"Constituye el objeto del servicio de guardia la recepción e incoación, en su caso, de los procesos correspondientes a los atestados, denuncias y querellas que se presenten durante el tiempo de guardia, la realización de las primeras diligencias de instrucción criminal que resulten procedentes, entre ellas las medidas cautelares de protección a la víctima, la adopción de las resoluciones oportunas acerca de la situación personal de quienes sean conducidos como detenidos a presencia judicial, la celebración de los juicios inmediatos de faltas previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la tramitación de diligencias urgentes y de otras actuaciones que el Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal atribuye al Juez de guardia. Y, asimismo, la práctica de cualesquiera otras actuaciones de carácter urgente o inaplazable de entre las que la Ley atribuye a los Juzgados de Instrucción y a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer"*.

Por tanto, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer en funciones de guardia, durante el horario de dicho servicio, será el competente para la práctica de todas aquellas primeras diligencias especificadas en el artículo transcrito, pese a no ser territorialmente competente, si son relativas a las competencias objetivas que le son propias, es decir, si tales diligencias están relacionadas con actos de violencia de género para los que tiene competencia objetiva de conformidad con el art. 87.ter.1 de la LOPJ.

Si tales diligencias han de practicarse fuera del horario de guardia, el competente es el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia.

II.1.3. Competencia por conexidad

El artículo 17 bis de la LECr en su redacción dada por la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, establece que *"La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se extenderá a la instrucción y conocimiento de los delitos y faltas conexas siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los supuestos previstos en los números 2º y 40 del artículo 17 de la presente Ley"*

El Juzgado de Violencia sobre la Mujer, por tanto, tendrá competencia para instruir y, en su caso, conocer de los delitos y faltas cometidos como medio para perpetrar alguno de los previstos en el art. 87 ter.1 LOPJ o facilitar su ejecución (art. 17.3 LECrim) así como de los delitos y faltas cometidos para procurar la impunidad de alguno de aquéllos (art. 17.4 LECrim).

Como decía la Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, *"la interpretación sistemática de los nuevos arts. 15 bis, 17 bis LECrim y 87 ter.1 LOPJ conduce al entendimiento de que la determinación de la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer atiende a la naturaleza del delito y no a la gravedad del mismo, por lo que las reglas establecidas en el art. 18 LECrim en relación con el Juez o Tribunal competente para conocer de los delitos conexos (el del territorio en que se haya cometido el delito más grave, el que primero comencare la causa cuando tengan igual pena, etc.) no serán aplicables en este caso ya que el Juzgado especializado del domicilio de la mujer víctima, siempre será el preferente aunque el delito de violencia de género no sea el más grave de todos los conexos. En cuanto a los supuestos de conexidad prevenidos en el art. 17 bis LECrim se acoge con claridad la vis atractiva del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en supuestos de comisión medial y comisión para impunidad (conexidad objetiva) guardando un significativo silencio la Ley tanto en relación con los supuestos de conexidad subjetiva, comisión simultánea por dos o más personas reunidas y comisión previo concierto mutuo (art. 17.1 y 2 LECrim), como con los de conexidad mixta o causal (art. 17.5 LECrim)"*.

Las razones que pudo tener el legislador para la exclusión de los supuestos de conexidad subjetiva y de conexidad mixta o causal, según la Circular 4/2005 probablemente sean, en relación a la conexidad subjetiva *"... a lo raro de su aparición en este tipo de delitos"* y en cuanto a los supuestos de conexidad mixta o causal que *"como ya sucediera, mutatis mutandis, con la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (STS 857/2001, de 4 de mayo), la excesiva amplitud de esta causa de conexidad podría determinar la atribución a estos Juzgados del*

conocimiento de tipos delictivos muy diversos desnaturalizando la especificidad que les es propia".

No obstante, pese a la poca frecuencia con que puedan darse, no son extraños los supuestos en los que el varón junto a terceros agrede a su esposa o pareja o, a través de precio u otras artimañas, consigue que sea un tercero el que ejecute la agresión. Tales delitos, con independencia de la participación de cada uno de los intervinientes, por el carácter preferente de la especialización, la naturaleza del hecho delictivo y la improcedencia de romper la continencia de la causa, serán, en su conjunto y en relación a todos los partícipes, competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

La experiencia a lo largo de estos años ha demostrado que los criterios establecidos en la Circular 4/05 son los seguidos mayoritariamente por las Audiencias Provinciales para determinar la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer por conexidad de conformidad con el artículo 17 bis de la LECr.

Pero también se han planteado diversos problemas en relación a la competencia para la instrucción y en su caso fallo de aquellos supuestos de agresiones mutuas entre el hombre y la mujer que están o han estado unidos por alguna relación de afectividad de las referidas en el art. 1 de la LO 1/2004, que han provocado importantes disfunciones, al haber entendido algunos Juzgados de Instrucción que son competentes para la instrucción y, en su caso, fallo de la presunta agresión cometida por la mujer y entender competente al Juzgado de Violencia en cuanto a la agresión del hombre hacia aquella; en algunos casos, el Juzgado de Instrucción ha llegado a tramitar el Juicio Rápido dictando sentencia con la conformidad de la imputada (801 de la LECrim) o ha abierto juicio oral y remitido la causa para enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal, y, al mismo tiempo, ha acordado la remisión de testimonio al Juzgado de Violencia sobre la Mujer para la tramitación del procedimiento por la agresión contra esta.

La Circular tantas veces referida, se hacía la siguiente pregunta en relación a esta problemática: *"¿Ha de quedar en tales casos el varón sometido al Juzgado de Violencia sobre la Mujer y la mujer al Juzgado de Instrucción ordinario?"*.

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

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

Esta doctrina es pacífica hoy en día y, así, ha sido seguida, a título de ejemplo, en las siguientes resoluciones: Auto 457/08 de 30 de abril, dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 20ª; Auto 440/07 de 20 de noviembre de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Lleida; Auto 1286/2008 de 12 de diciembre de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

En estos supuestos, cuando se trate de lesiones que no precisen tratamiento médico ni quirúrgico, sino solo primera asistencia o no se haya producido menoscabo físico, se dirigirá la acusación contra el imputado varón por delito de maltrato del art. 153.1 del Código Penal y contra la imputada mujer por el art. 153.2 del CP.

II.2. Competencia civil

Como recordaba la repetidamente citada Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado "Relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género", plenamente vigente, la Exposición de Motivos atribuye a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer la tramitación de las causas civiles "relacionadas" con las causas penales que instruyan en materia de violencia sobre la mujer, de forma que unas y otras en la primera instancia sean objeto de tratamiento procesal ante la misma sede. De este modo la LO 1/04 opta por atribuir a dichos Juzgados competencias civiles más allá de las meramente cautelares.

La experiencia acumulada desde la entrada en vigor de la Ley integral, nos permite ahondar en algunas cuestiones ya tratadas en aquella Circular.

En relación a la competencia objetiva del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en materia civil, como la Circular refiere, el legislador establece dos parámetros complementarios para determinarla:

- a) un catálogo de procedimientos en relación a los cuales "podrán" tener competencia el JVM (artículo 87 ter.2 de la LOPJ).
- b) unos presupuestos que han de concurrir para tener competencia en aquellos procedimientos (artículo 87 ter.3 de la LOPJ).

Insistiendo en la plena vigencia de la Circular 4/2005, se han ido planteando durante los años de vigencia de la Ley las siguientes cuestiones:

II.2.1. Catálogo de procedimientos

El art. 87 ter 2 de la LOPJ. dispone que *"Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los siguientes asuntos:*

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

De la lectura de dicho precepto se podría concluir que ese listado es un catálogo cerrado o *"numerus clausus"* que no permite asumir la competencia por estos juzgados para la tramitación de otros procedimientos allí no incluidos.

Tras la publicación y entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero), hay procedimientos no incluidos en aquella lista, como el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial (Capítulo II del Título II del Libro IV) que se regula como un procedimiento especial, y el de ejecución de resoluciones judiciales (Capítulo I del Título I del Libro III), que se trata como procedimiento independiente y al que se remite el art. 776 de la LEC para la ejecución forzosa de las medidas acordadas en los procedimientos matrimoniales, para cuya tramitación puede ser competente el Juzgado de Violencia.

Haciendo una lectura demasiado rígida del artículo 87 ter de la LOPJ, algunos juzgados especializados, al no estar incluidos esos procedimientos en el catálogo establecido en ese artículo, han rechazado la competencia para su tramitación. Rechazo que también se ha producido en relación a otros procedimientos regulados en leyes especiales, íntimamente vinculados a aquellos para los cuales sí puede tener competencia el Juzgado especializado.

II.2.1.1. Procedimiento para la liquidación del régimen matrimonial y la formación de inventario

El artículo 1392 del Código Civil dispone que *"La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho:*

- 1.º Cuando se disuelva el matrimonio.*
- 2.º Cuando sea declarado nulo.*
- 3.º Cuando judicialmente se decrete la separación judicial de los cónyuges.*
- 4.º Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código".*

En el artículo 1393 dispone otras circunstancias por las que, en virtud de decisión judicial, puede concluir la sociedad de gananciales:

- "1.º haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado pródigo, ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia.*
- 2.º Venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad.*
- 3.º Llevar separado de hecho más de un año de mutuo acuerdo o por abandono del hogar.*
- 4.º Incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas". "*

Por su parte, el artículo 807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que *"Será competente para conocer del procedimiento de liquidación el Juzgado de Primera instancia que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio, o aquel ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil."*

Y en relación a la formación de inventario, el artículo 808 de la LEC dispone que *"Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en el que se haya demandado la disolución del régimen económico matrimonial, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la formación de inventario"*.

Para determinar si el Juzgado de Violencia sobre la Mujer es el competente para la tramitación de estos procedimientos o no será preciso distinguir, por una parte, aquellos procedimientos para la liquidación del régimen matrimonial consecuencia de haberse declarado nulo el matrimonio, o haberse decretado el divorcio o la separación judicial (artículo 1392-1º, 2º y 3º del Código Civil) y aquellos que tienen su origen en las causas establecidas en el artículo 1392-4º y 1393 del Código Civil.

En relación al primer supuesto, esto es, cuando se insta la liquidación por haberse disuelto el régimen matrimonial por sentencia declarando la nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación, por aplicación del artículo 807 de la LEC será competente el órgano judicial que haya tramitado aquellos procedimientos de nulidad, divorcio o separación.

Por tanto, pese a que este procedimiento no esté incluido en el catálogo establecido en el artículo 87 ter 2 de la LOPJ el Juzgado de Violencia sobre la Mujer competente para tramitar el procedimiento de divorcio, separación o nulidad matrimonial (por concurrir los presupuestos establecidos en el párrafo 3º del artículo 87 ter de la LOPJ), también lo es para la tramitación del procedimiento de liquidación del régimen matrimonial que se solicite tras la resolución por la que se declare nulo o disuelto el matrimonio o la separación de los cónyuges (artículo 807).

En relación a la formación de inventario, que se puede instar durante la tramitación de los procedimientos de separación, nulidad o divorcio o tras la resolución de la disolución del vínculo o de separación, será competente el Juzgado de Violencia cuando este esté tramitando o haya tramitado aquellos procedimientos.

Si la liquidación se demanda por alguna de las causas establecidas en el artículo 1392.4 o 1393 del Código Civil, dado que esa solicitud no tiene su origen en la resolución de un proceso judicial de los establecidos en el catálogo tantas veces referido (87 ter 2 de la LOPJ) el competente será en todo caso el Juzgado de 1ª Instancia.

Esta posición ha sido mantenida por la Sección 24ª de la Audiencia Provincial de Madrid, Auto de 1397/2007 de 22 de noviembre; Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Alicante por Auto de 28 de marzo de 2007 y por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Granada, Auto 371/2008, de 10 de octubre.

En el supuesto de que se haya incoado un procedimiento civil de nulidad, separación o divorcio ante el Juzgado de Familia y durante su tramitación se solicite formación de inventario, si en aquel procedimiento ya se ha señalado fecha para la celebración de la vista (en base a la interpretación ya consolidada de la expresión "fase de juicio oral" contenida en el art. 49 bis de la LEC), este mismo juzgado será el competente para dar trámite a esa solicitud de conformidad con el artículo 808 y siguientes de la LEC y ello, aunque después se haya incoado un procedimiento penal por violencia de género ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, pues llegados a la vista el Juzgado de Familia ya no pierde la competencia.

Si por el contrario no se ha llegado a la vista en el procedimiento civil y se ha incoado un procedimiento penal por violencia de género ante el Juzgado especializado, el Juzgado de 1ª Instancia deberá inhibirse a favor de aquel, que será competente para ambos procedimientos.

En relación al procedimiento para la liquidación del régimen matrimonial disuelto por nulidad, separación o divorcio por sentencia dictada por un Juzgado de 1ª Instancia, aunque después se haya incoado un procedimiento penal por violencia de género ante el Juzgado de Violencia, el competente para la tramitación sigue siendo, por los mismos razonamientos apuntados más arriba, el Juzgado de 1ª Instancia.

II.2.1.2. *Procedimientos de ejecución de sentencias y resoluciones dictadas por los juzgados especializados*

La polémica se ha suscitado en relación a estos procedimientos, pues la ejecución también se regula en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil como un procedimiento independiente, que no está incluido en el catálogo del art. 87 ter 2 de la LOPJ.

La Circular 4/2005 al pronunciarse en relación a la competencia funcional en materia civil ya decía que "*el Juzgado de Violencia sobre la Mujer será el competente para la ejecución de las resoluciones que dicte en asuntos civiles (arts. 61 y 545.1 LEC)*".

Efectivamente, la solución no puede ser otra que la de atribuir dicha competencia al Juzgado de Violencia sobre la Mujer que dictó tales resoluciones por aplicación de lo dispuesto en los arts. 61 de la LEC que establece que "*salvo disposición legal en otro sentido, el tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito, la tendrá también para resolver sobre sus incidencias, para llevar a efecto las providencias y autos que dictare, y para la ejecución de la sentencia o convenios y transacciones que aprobare*" y de conformidad con el artículo 545 del mismo texto legal: "*Si el título ejecutivo consistiera en resoluciones judiciales, resoluciones dictadas por Secretarios Judiciales a las que esta Ley reconozca carácter de título ejecutivo o transacciones y acuerdos judicialmente homologados o aprobados, será competente para dictar el auto que contenga la orden general de ejecución y despacho de la misma el Tribunal que conoció del asunto en primera instancia o en el que se homologó o aprobó la transacción o acuerdo.*"

II.2.1.3. *Procedimiento de justicia gratuita*

En alguna ocasión los Jueces de Violencia sobre la Mujer han rechazado la competencia para resolver este procedimiento en base al argumento de que el mismo no aparece en el catálogo o

listado de procedimientos establecido en el párrafo 2º del art. 87 ter de la LEC, que consideran "numerus clausus".

Sin embargo, el art. 20 de la LO 1/1996 de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita establece que la resolución desestimatoria de la solicitud de justicia gratuita puede ser impugnada *"ante el Secretario de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita. Este remitirá el escrito de impugnación, junto con el expediente correspondiente a la resolución impugnada y una certificación de ésta, al Juzgado o Tribunal competente o al Juez Decano para su reparto, si el procedimiento no se hubiera iniciado"*, por lo que, si el competente para la tramitación del procedimiento en relación al cual se solicita ese beneficio es el Juzgado especializado, también será competente para tramitar y resolver el expediente de impugnación.

II.2.1.4. Procedimiento para la reclamación derechos y gastos que hubiere suplido en un asunto el procurador o de honorarios de abogados

A la misma conclusión ha de llegarse en relación a este procedimiento, pues los arts. 34 y 35 de la LEC se refieren a la presentación de la cuenta del procurador o de los honorarios del abogado devengados en un procedimiento ante el Tribunal o Juzgado en el que se haya tramitado aquel.

Por tanto si el devengo de aquellos derechos u honorarios se producen como consecuencia de la intervención de los respectivos profesionales en un procedimiento tramitado por el Juzgado de Violencia, este es el competente para resolver dichas reclamaciones.

II.2.2. Interpretación de la expresión "fase del juicio oral" contenida en el artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil

El artículo 49 bis-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que *"Cuando un Juez, que esté conociendo en primera instancia de un procedimiento civil, tuviese noticia de la comisión de un acto de violencia de los definidos en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal o a una orden de protección, tras verificar la concurrencia de los requisitos previstos en el apartado 3 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá inhibirse, remitiendo los autos en el estado en que se hallen al Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente, salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral."*

El precepto, desde la entrada en vigor de la ley, ha planteado importantes problemas de interpretación en relación a la frase "salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral", en cuanto a si la misma se refiere a la fase del juicio oral en el procedimiento penal seguido en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, o por el contrario, viene referida a la celebración de la vista en el procedimiento civil que se está tramitando ante el Juzgado de 1ª Instancia.

La Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado nos recordaba que *"en el Proyecto de Ley se introdujo una limitación por la que el deber de inhibición del Juez Civil se supedita a que el procedimiento civil no haya iniciado la fase del juicio oral, acogiendo las sugerencias recogidas en los informes consultivos previos, ya que los principios de oralidad, concentración e inmediación que lo rigen, tras la LEC 1/2000, imponen que sea el mismo Juez que está conociendo del juicio el que dicte sentencia y quien, por tanto, sea el funcionalmente competente para la ejecución. Por la misma razón los procedimientos civiles que se encuentren en tramitación en el momento de entrada en vigor de la Ley continuarán siendo competencia de los órganos que vinieran conociendo de los mismos (D. T.1ª)."*

Y concluía que, *"dado que todos los procesos civiles de los que conocerá el Juez de Violencia sobre la Mujer han de seguir los trámites del juicio verbal salvo los de separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro con las especialidades previstas en el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 748 y 753 LEC en relación con el nuevo artículo 87 ter LOPJ), deberá entenderse iniciada la fase del juicio oral, cuando el procedimiento haya llegado a la celebración de la vista prevista en el artículo 443 LEC, tras la cual el Juez debe dictar sentencia, salvo que quede pendiente prueba que no haya podido practicarse en el acto del juicio oral. En caso de procedimiento de mutuo acuerdo o instado por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, dada la*

inexistencia de juicio oral en su tramitación, habrá que entender que la comparecencia para la ratificación del convenio opera como límite equivalente al de la fase del juicio oral en los procedimientos contenciosos, ya que tras dicha comparecencia el Juez debe dictar sentencia (art. 777.6 LECrim) salvo que acuerde la práctica de prueba."

Esta postura de la Fiscalía General del Estado, muy controvertida en los órganos judiciales, ha sido finalmente consolidada.

Efectivamente, en algunas Audiencias Provinciales, haciendo una interpretación literal del art. 49 bis de la LEC, entendieron que llegados a la fase de juicio oral en el procedimiento penal ya no podía inhibirse el Juzgado de Familia a favor del Juzgado especializado. (Autos de la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de septiembre de 2008, de 14 de octubre de 2008 y 21 de octubre de 2008. Autos de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de julio de 2006 (842/06; 173/2006 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Sevilla; 420/2006 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Tarragona).

El tema ha sido resuelto definitivamente por el Tribunal Supremo. En este sentido el Auto de 19 de enero de 2007 resolvió la cuestión de competencia diciendo que *"de conformidad con el criterio seguido en la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/05, de 18 de Julio de 2005, debe considerarse iniciada la fase del juicio oral cuando se haya llegado a la vista del artículo 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, criterio similar al seguido por la Guía del Observatorio del Consejo General del Poder Judicial y al adoptado por Magistrados de Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en violencia de genero en reunión celebrada en Madrid los días 30 de Noviembre a 2 de Diciembre de 2005".* Y continúa, *"en atención al dictamen del Ministerio Fiscal y que la Sala acoge en su totalidad y conforme a lo previsto en el artículo 49 bis, 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, e iniciada la vista del proceso civil, procede declarar la competencia territorial para el conocimiento y resolución del presente juicio a favor del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Bilbao."*

Esta postura fue reiterada en Autos de 18 de octubre de 2007; de 4 de febrero y 24 de septiembre de 2008 y de 25 de marzo de 2009, en los que acogiendo la tesis de la Fiscalía, mantienen que *"el artículo 49 bis 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, únicamente señala un límite temporal para el deber de inhibición del Juez civil a favor del Juzgado de Violencia sobre la mujer: "que se haya iniciado la fase del juicio oral", referida entendemos al juicio civil. Tal criterio es criterio seguido por esta Sala, conforme al acuerdo para la unificación de criterios y coordinación de prácticas procesales, del día 16 de diciembre de 2008, del tenor siguiente: "el conflicto planteado en relación con la pérdida de competencia del Juez Civil a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, en aplicación del art. 49 bis LEC, en relación con el artículo 87 ter LOPJ, tras la reforma operada por la Ley Orgánica de Medidas de Protección integral contra la violencia de Género, se resuelve Interpretando que la limitación temporal para la inhibición del Juez Civil, cuando se haya iniciado la fase del juicio oral, debe entenderse referida al juicio civil, esto es, a la vista del artículo 443 LEC".*

El segundo problema es determinar cuándo se ha de entender iniciada dicha fase en los procedimientos civiles.

Los procesos civiles (separación, divorcio, nulidad y las del Título IV del Libro I del Código Civil) de los que conocerá el Juez de Violencia sobre la Mujer han de seguir los trámites del juicio verbal (artículos 748 a 753 y 770 LEC) a excepción de los de separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro que seguirán los trámites establecidos en el art. 777 de la LEC.

En relación a los procedimientos para la adopción de medidas provisionales previas o simultáneas a la demanda de separación, nulidad o divorcio, así como las de medidas cautelares en los procesos que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores o reclamación de alimentos en nombre de los hijos menores (770-6ª), las normas procesales vienen establecidas en los arts. 771 y 773 de la LEC.

Dado que las medidas provisionales siguen una tramitación procesal diferente al pleito principal, es preciso concretar cuándo se produce el inicio del juicio oral en estos procedimientos:

En relación al procedimiento de medidas provisionales (previas o coetáneas) y cautelares, tras la solicitud de las medidas, la actuación judicial se limita a convocar a las partes a la celebración de la comparecencia que se ha de celebrar en el plazo máximo de 10 días, sin que entre la solicitud y el inicio de la vista se produzca ninguna otra actuación judicial (salvo en su caso la adopción de medidas urgentes del art. 102 del CC de conformidad con el art. 771-2 apartado segundo de la LEC), por lo que no hay inconveniente en entender que el inicio de la fase del juicio no se produce hasta que se inicie la comparecencia del art. 771 de la LEC.

Sin embargo, en relación al procedimiento principal contencioso, hasta la convocatoria para la celebración de la vista las actuaciones judiciales han sido varias: admisión a trámite de la demanda, traslado al demandado para contestación y citación para la vista (art. 440 de la LEC); admisión de la reconvencción y traslado al demandante reconvenido para contestación (art. 770-2a) admisión o inadmisión de pruebas propuestas y citaciones a testigos, etc. Por ello, y en atención a que desde la interposición de la demanda hasta que se señala día para la vista, se han adoptado decisiones judiciales relevantes para su celebración y para la resolución del fondo del asunto, que ha de corresponder al mismo juez que adoptó aquellas, es conveniente fijar como inicio de la fase del juicio oral la providencia de señalamiento, que pone fin a esa fase de tramitación previa a la vista.

En el caso de mutuo acuerdo, se entenderá iniciada la fase del juicio oral el día de la ratificación de las partes, por las mismas razones que las esgrimidas para las medidas provisionales.

III. LA DISPENSA A LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR

Una de las preocupaciones constantes de la Fiscalía General del Estado ha sido la de reprimir con ejemplaridad todo acto de maltrato que afecte a las personas más que estén en situación de mayor vulnerabilidad.

En este sentido, la Instrucción 3/88 sobre "Persecución de los malos tratos ocasionados a personas desamparadas y de la necesidad de hacer cumplir las obligaciones alimenticias fijadas en procedimientos matrimoniales", dedicaba uno de sus capítulos a "las lesiones y malos tratos a mujeres", exhortando a los Fiscales a poner todo su empeño para conseguir acabar con estas conductas, para lo cual debe *"reprimir con toda ejemplaridad los supuestos de lesiones y malos tratos a mujeres, supliendo con su investigación las deficiencias de pruebas que puedan originarse en estos procesos por los naturales temores con que las mujeres comparecen en este tipo de procedimientos"*.

Esta preocupación motivó que se propusiera como uno de los temas a tratar en el Seminario de Fiscales Delegados celebrado en 2005, la problemática del art. 416 de la LECr y que en las conclusiones, se dijera que *"debido a la posible falta de colaboración efectiva por parte de la víctima a lo largo del procedimiento y a la privacidad del entorno donde la violencia se desarrolla... se hace preciso que el Fiscal prepare y aporte al juicio oral toda la prueba que le sea posible. Así, citará a cuantas personas hayan sido testigos de los hechos, a los agentes de Policía intervinientes, a los médicos que asistieron a la víctima cuando sea necesario a fin de acreditar las lesiones que presentó la víctima en ese momento, inmediato a los hechos, y el mecanismo de su producción, a los médicos forenses cuando sea necesario para acreditar los extremos antes referidos, psicólogos y demás profesionales... Igualmente, sería conveniente se realizaran y aportaran reportajes fotográficos que pudieran hacer los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad actuantes"*.

El artículo 261 regula los supuestos en que no existe obligación de denunciar: *"Tampoco estarán obligados a denunciar:*

- 1. El cónyuge del delincuente.*
- 2. Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines del delincuente y sus colaterales consanguíneos o uterinos y afines hasta el segundo grado inclusive.*

Los hijos naturales respecto de la madre en todo caso, y respecto del padre cuando estuvieren reconocidos, así como la madre y el padre en iguales casos."

El artículo 416.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que: *"Están dispensados de la obligación de declarar:*

1.º Los parientes del procesado en línea directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes naturales a que se refiere el número 3 del artículo 261.

El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, consignándose la contestación que diere a esta advertencia".

El Artículo 707-1 de la Ley procesal a su vez dispone: *"Todos los testigos que no se hallen privados del uso de su razón están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos."*

La excepción a la obligación de declarar, que afecta así a una fase preprocesal (la denuncia) y a dos procesales (fase de instrucción y juicio oral), plantea una difícil problemática en relación a diversos aspectos tales como la determinación de los sujetos con derecho a la dispensa, si es necesario advertir a la denunciante de su derecho a no denunciar o al testigo de su derecho a no declarar y las consecuencias en su caso; y sobre la necesidad o no de que subsista la relación en el momento de prestar declaración en las diversas fases del procedimiento.

El artículo 24 de la Constitución Española, en su último párrafo dispone que *"la Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos"*, precepto que, al no establecer ningún parámetro normativo, convalida los supuestos previstos con anterioridad en la legislación procesal.

Como se ha visto, el legislador ordinario exime de la obligación de declarar, entre otros parientes, al cónyuge del imputado o persona unida a él por una relación de afectividad análoga al matrimonio.

Esta exención se viene justificando por la jurisprudencia desde el principio de no exigibilidad de otra conducta, principio basado, tradicionalmente, en los vínculos de solidaridad entre testigo e imputado, acorde a la protección de los vínculos familiares (artículo 39 de la Constitución Española).

Las Sentencias del Tribunal Supremo 1208/1997 de 6 de octubre, 164/2008 de 8 de abril, 294/2009 de 28 de enero, 160/2010 de 5 de marzo y 459/2010 de 14 de mayo, señalan que la finalidad del precepto es resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y *"el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une al procesado" o "su deber de lealtad y afecto hacia personas ligadas a él por vínculos familiares"*.

En el mismo sentido afirma la Sentencia 94/2010 de 15 de noviembre del Tribunal Constitucional: *"El Tribunal Supremo, en una reiterada línea jurisprudencial constitucionalmente adecuada, invoca como fundamento de la dispensa de la obligación de declarar prevista en los arts. 416 y 707 LECrím los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar, siendo su finalidad la de resolver el conflicto que pueda surgir entre el deber de veracidad del testigo y el vínculo de familiaridad y solidaridad que le une al acusado."*

En otras ocasiones, el Tribunal Supremo ha añadido a los anteriores fines el de preservar la intimidad del testigo (Sentencias 292/2009 de 26 de marzo y 459/2010 de 14 de mayo).

Determinado el fundamento de estas excepciones, en primer lugar se examinará la dispensa de la obligación de denunciar para después estudiar la dispensa de la obligación de declarar.

III.1. Excepciones a la obligación de denunciar prevista en el artículo 261 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

El precepto dispone que no tendrá obligación de denunciar el cónyuge del delincuente.

Este artículo no ha sido objeto de modificación para incluir junto al cónyuge a la persona unida al delincuente por una relación análoga al matrimonio, como si se ha hecho, por Ley 13/2009, en el art. 416 de la LECr en relación a la dispensa de la obligación de declarar del testigo. No obstante, no cabe duda que la interpretación extensiva que se venía efectuando en relación a este último precepto antes de la reforma, en el sentido de asimilar al cónyuge a la persona unida al autor por una relación análoga al matrimonio, también afecta a la dispensa de la obligación de denunciar (Sentencia del Tribunal Supremo 160/2010 de 5 de marzo).

En ocasiones se ha planteado la nulidad de la denuncia si, al concurrir las relaciones referidas en el art. 261 de la LECr no fue la denunciante previamente advertida de esa dispensa. En algunas sentencias se ha recogido esa necesidad de advertencia previa (385/2007 de 10 de mayo; 294/2009 de 28 de enero; 160/2010 de 5 de marzo), vinculando el artículo 261 de la LECr con párrafo 2º del artículo 416, que obliga al juez a hacer la advertencia al testigo de la dispensa allí contenida. Así en la Sentencia 385/07 antes referida dice que *"carecería de todo sentido que se excluyera a la policía de las obligaciones que se imponen expresamente al Juez de Instrucción..."*

Tal postura ha sido matizada por la Sentencia de la misma Sala 294/09 de 28 de enero, al decir que *"por la propia razón de ser y fundamento de la norma cuando la persona acude a dependencias policiales con la decidida voluntad de formular denuncia contra su pariente, por hechos en que el denunciante es víctima, y busca el amparo y la protección de la ley, expresarle que no tiene obligación de hacerlo es innecesario: resulta inútil y carece de función respecto a alguien que ya ha optado previamente por defender sus intereses frente a los de su pariente, es decir que no necesita se le informe de que puede ejercitar una dispensa que ya ha decidido no utilizar, cuando voluntariamente acude precisamente para denunciar a su pariente"*.

Así, la Sentencia 160/2010 de 5 de marzo, concluye que *"En resumen, la participación del testigo víctima se produce en tres momentos: uno primero, en la fase prejudicial, donde es necesario que se le informe de su derecho a no denunciar en virtud de lo dispuesto en el art. 261 de la LECr, salvo en algunos casos de "denuncia espontánea..."*.

Por tanto, si la víctima acude de forma espontánea a denunciar, no será necesario advertir del contenido del art. 261 de la LECr.

Ahora bien, si en las dependencias policiales, se omite tal advertencia a quien no es denunciante espontáneo, la consecuencia será la que se derive de la posición que adopte el testigo en la fase de instrucción y juicio oral debidamente advertido del contenido del artículo 416 de la LECr de manera que, si tras esta advertencia, ratifica la denuncia, aquella omisión queda subsanada; si por el contrario no la ratifica o se acoge a la dispensa, aquella primera declaración carecerá de valor alguno.

III.2. La dispensa del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

III.2.1. Sujetos con derecho a la dispensa

El art. 416 de la LECr fue modificado por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre para incluir como sujeto con derecho a la dispensa a la persona unida al imputado por una relación de hecho análoga a la matrimonial.

No obstante, es preciso diferenciar:

III.2.1.1. Relaciones de noviazgo

El precepto alude a las personas unidas al imputado por matrimonio o por una relación análoga al matrimonio, a diferencia de lo que ocurre en los tipos penales relativos a la violencia sobre la mujer y a la violencia doméstica, en los que se incluyen como sujetos pasivos a las personas que estén o hayan estado unidas al autor por una relación de afectividad análoga, aun sin convivencia, por lo que la doctrina y la jurisprudencia vienen limitando la aplicación de la dispensa a aquellas personas que mantienen una relación matrimonial con el imputado o una relación more uxorio (de análoga afectividad con convivencia) quedando pues, fuera de tal precepto las relaciones de noviazgo.

Esta posición había sido mantenida por la jurisprudencia, incluso con anterioridad a la reforma referida, al equiparar a la relación conyugal la de convivencia de hecho (Sentencia 134/07 de 22 de febrero).

III.2.1.2. Ruptura de la relación

Si bien a efectos sustantivos cometen delito aquellos que maltratan, amenazan o coaccionan a quien es o haya sido su cónyuge o pareja de hecho y novio o novia (arts. 153, 171-4 y 5, 172.2 y 173.2 del CP), la dispensa de la obligación de declarar de los testigos se refiere sólo al *"cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial"* al **"procesado"** por lo que en atención a la propia literalidad del precepto y a la finalidad de la norma (artículo 3.1 del Código Civil), quedan excluidos quienes ya no mantienen la relación conyugal o de pareja con el procesado.

En este punto, caben dos supuestos:

a) Supuesto de ruptura de la convivencia en parejas de hecho

Rota la convivencia en la pareja de hecho, cuando la testigo es llamada a declarar, en base a la literalidad del precepto y a su finalidad, como se ha dicho, es inaplicable la dispensa.

Ahora bien, la ruptura de esa convivencia ha de obedecer a la voluntad de poner fin a la misma por las partes, porque si la convivencia resulta interrumpida como consecuencia de haber ingresado en prisión el imputado o por la imposición de la medida cautelar de prohibición de aproximación acordada a petición del Fiscal y con la oposición expresa o tácita de la víctima, la convivencia se ha de entender interrumpida por disposición judicial, pero subsistente el vínculo de afecto de la testigo al imputado, por lo que la testigo ha de ser advertida de su derecho a no declarar contra el imputado en estas situaciones. (Sentencia del Tribunal Supremo 134/2007 de 22 de febrero).

Distinto será el supuesto en que la víctima, como acusador particular, haya instado la prisión provisional del imputado o la medida cautelar de alejamiento, manifestaciones de las que se deduce su voluntad de poner fin a la convivencia y que determina su obligación de declarar a partir del momento en que se acuerden esas medidas.

b) Ruptura de la convivencia entre cónyuges

Respecto a si es de aplicación la dispensa cuando, vigente el vínculo matrimonial, no existe convivencia entre los cónyuges por separación judicial o de hecho existen dos posiciones.

La primera entiende que, efectuada la separación entre los cónyuges, desaparece cualquier deber de solidaridad o lealtad y, por tanto, a partir de ese momento la testigo tiene obligación de declarar en contra del imputado o procesado.

Una segunda postura parte de entender que, pese a la separación entre los cónyuges, de hecho o judicial, subsiste el vínculo conyugal, siguen siendo cónyuges y por tanto subsiste la dispensa a la obligación de declarar.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 459/2010 de 14 mayo, en un supuesto en el que la víctima, esposa del imputado, no convivía con él en el momento de prestar declaración judicial dice que *"no existe dudaninguna, en nuestro criterio, acerca de la posibilidad de ejercicio por [la víctima] del derecho a la dispensa de declarar ya que el acusado era su propio esposo, cumpliéndose por tanto las previsiones del artículo 416,1 en relación con el 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal"*

A esta conclusión se ha de llegar partiendo de la letra del precepto, que no distingue entre los cónyuges en las diferentes situaciones (convivientes o separados) y de la finalidad de la norma objeto de estudio: la de resolver el conflicto entre el deber de decir la verdad en contra del imputado-cónyuge del testigo y el deber de solidaridad y lealtad en relación al mismo.

Tras la modificación efectuada en el Código Civil por L. 15/2005, junto al vulgarmente denominado divorcio "express" en el que no es necesario demostrar la concurrencia de causa alguna ni la previa separación de los cónyuges, se ha mantenido, junto a la institución del

divorcio, la separación. La Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 de 8 de julio "por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio justifica la subsistencia de la separación judicial diciendo que "... se mantiene la separación judicial como figura autónoma, para aquellos casos en los que los cónyuges, por las razones que les asistan, decidan no optar por la disolución de su matrimonio. En suma, la separación y el divorcio se conciben como dos opciones, a las que las partes pueden acudir para solucionar las vicisitudes de su vida en común. De este modo, se pretende reforzar el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio, pues tanto la continuación de su convivencia como su vigencia depende de la voluntad constante de ambos".

Si los cónyuges optan por la separación, porque quieren interrumpir la convivencia pero mantener el vínculo matrimonial, subsisten entre ellos los derechos y obligaciones civiles derivados de la existencia de vínculo matrimonial (artículos 66 y siguientes del Código Civil), en concreto el deber de respetarse y de ayudarse mutuamente (artículo 66 del Código Civil), suspendiéndose, solamente por la separación la vida común de los casados y cesando la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge (artículo 83 del Código Civil); entre los cónyuges separados continúa vigente, por tanto, el deber de asistencia mutua y en concreto la obligación de alimentos (artículo 142 y 143 del CC) e incluso se establece un orden de prelación en relación a la reclamación de alimentos, de manera que la demanda ha de dirigirse al cónyuge antes que a los descendientes, ascendientes o hermanos (artículo 144 del CC).

Si pese a la separación judicial o de hecho de los cónyuges, porque, por las razones que fuere, no quieren acudir al divorcio y poner fin al vínculo que les une, permanecen vigentes las obligaciones de asistencia mutua, derivadas de la solidaridad exigible entre parientes, es lógico entender que también subsiste entre ellos el derecho a no declarar contra el cónyuge imputado, aun cuando medie ruptura de la convivencia.

III.2.2. Determinación del momento en que han de darse esas relaciones para la aplicación de la dispensa

Admitido que el testigo unido por matrimonio al imputado y la pareja sentimental de hecho con convivencia puede acogerse a la dispensa en estudio, queda por discernir si esa relación ha de concurrir en el momento de ser llamado para prestar declaración para poder acogerse a la dispensa o por el contrario es suficiente con que hubiera existido con anterioridad.

Si el fundamento de la dispensa se encuentra en la solidaridad y en la conveniencia de evitar al testigo el conflicto que se le pudiera plantear entre decir la verdad y el deber de lealtad y afecto que le une al imputado, ese vínculo familiar o de afectividad ha de concurrir en el momento en el que es llamado para prestar declaración, de manera que si en ese momento procesal (ya sea en instrucción —artículo 416 de la LECr— o en el Juicio Oral —artículo 707 del mismo texto legal—) se ha producido el divorcio o se ha roto la convivencia en el caso de pareja de hecho, ya no asistirá al testigo la dispensa regulada en aquellos preceptos.

Esta postura vendrá avalada no solo como ya se ha visto por una interpretación teleológica de las normas en estudio, sino también por la diferencia existente entre estos preceptos procesales —arts. 416 y 707 de la LECr— y los sustantivos recogidos en los arts. 153, 171-4 y 5, 172.2 y 148.4 del CP pues mientras el art. 416 y 707 de la LECr se refieren al testigo que sea cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, al procesado, los tipos penales refieren como posibles sujetos pasivos del delito a aquellas personas que mantuvieron aquellos vínculos con el presunto agresor tanto en el momento de la comisión de los hechos como con anterioridad, es decir, que sean o hayan sido cónyuges o parejas del presunto agresor.

Si el legislador procesal hubiera querido extender estas excepciones a la obligación de denunciar o declarar a quienes ya no mantienen el vínculo afectivo, lo hubiera hecho expresamente como lo hace en la redacción de los tipos penales, en los que se amplía el círculo de sujetos pasivos a los ex cónyuges, ex parejas y ex novios.

La motivación a que responde la normativa procesal y sustantiva es bien distinta.

No incluye el legislador procesal las relaciones de matrimonio o de pareja extinguidas porque entiende que no hay conflicto cuando no existe vínculo de afecto. Y sin embargo, el legislador

penal incluye como sujetos pasivo a aquellos que mantuvieron la relación sentimental con el agresor, no porque considere que subsista un vínculo sentimental entre agresor y agredido, que ha desaparecido aun cuando subsistan otras relaciones como la mera amistad, sino en atención a las especiales características de esta violencia, basada en la dominación y las relaciones de poder que el agresor puede proyectar más allá del fin de la relación.

Esta postura ha sido mayoritariamente seguida por la Sala 2ª del Tribunal Supremo y así, Sentencias 134/2007 de 22 de febrero, 164/08 de 8 de abril y 13/2009 de 20 de enero.

III.2.3. La información del contenido del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Supuestos y efectos

En las Conclusiones del Seminario de los Fiscales Delegados de 2005, se dice que *"en la fase de instrucción, el Fiscal interesará que con carácter previo al inicio de la prueba, se instruya a la víctima sobre el contenido del artículo 416 de la LECr antes de prestar declaración (aunque sea denunciante)"*, conclusión plenamente vigente.

Como se ha visto al tratar de la dispensa a la obligación de denunciar, la Jurisprudencia, reiteradamente, ha venido estableciendo la obligación de advertir al testigo pariente en las dos fases procesales, instrucción y plenario, de conformidad con los arts. 416 y 707 de la LECr *"bien entendido que el hecho que en alguna de estas declaraciones no utilice el derecho a no declarar, no supone ya una renuncia tácita y definitiva a su utilización en una ulterior fase"* (sentencia 160/2010).

Mención especial requiere el supuesto de la víctima pariente del imputado que se persona en el procedimiento penal como acusación particular. En relación a este supuesto conviene recordar la Sentencia del Tribunal Constitucional 94/2010 de 15 de noviembre en la que, acogiendo la tesis del Fiscal, se dice que *"aunque el Juez de lo Penal tampoco informó expresamente a ésta, víctima de los hechos objeto del proceso penal, de la dispensa de la obligación de declarar, la espontánea actitud procesal de la demandante de amparo, en las concretas circunstancias que concurren en este caso, no puede sino razonablemente entenderse como reveladora de su intención y voluntad de primar el deber de veracidad como testigo al vínculo de solidaridad y familiaridad que le unía al acusado, finalidad a la que obedece, como ya hemos tenido ocasión de señalar, la dispensa del art. 416 LECrim. En efecto, siendo sin duda exigible y deseable que los órganos judiciales cumplan con las debidas formalidades con el mandato que les impone el art. 416 LECrim, lo que ciertamente, como la Audiencia Provincial viene a poner de manifiesto en su Sentencia, no ha acontecido en este caso, no puede sin embargo obviarse la continua y terminante actuación procesal de la recurrente en amparo, quien denunció en varias ocasiones a su marido por actos constitutivos de violencia doméstica, prestó declaraciones contra éste por los hechos denunciados tanto ante la autoridad policial como ante el Juzgado de Instrucción, ejerció la (ilegible) recurso de apelación contra ésta al haber sido desestimadas sus más graves pretensiones calificadoras y punitivas. Como el Ministerio Fiscal afirma, difícilmente puede sostenerse que la esposa del acusado no hubiera ejercitado voluntariamente la opción que resulta del art. 416 LECrim cuando precisamente es la promotora de la acusación contra su marido, habiéndose personado en la causa como acusación particular y habiendo solicitado para él la imposición de graves penas, pues si su dilema moral le hubiera imposibilitado perjudicar con sus acciones a su marido no habría desplegado contra él la concluyente actividad procesal reveladora de una, al menos, implícita renuncia a la dispensa que le confería el art. 416 LECrim."*

En cuanto al contenido de la advertencia, esta debe venir referida expresa y claramente a la posibilidad de no declarar en contra del pariente imputado, sin que se cumpla tal obligación con un vago interrogatorio sobre la voluntad de declarar sin una información precisa que garantice el conocimiento por parte del testigo de esa facultad. En tal sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional antes mencionada, en relación a la declaración prestada por la hija de la víctima e imputado, dice que *"según resulta del acta del juicio y del visionado de la grabación del acto de la vista, no fue informada por el órgano judicial de dicha dispensa, quien se limitó a preguntarle si quería declarar, sin que exista dato o elemento alguno del que pueda inferirse que la testigo era conocedora de la posibilidad de aquella dispensa, ni conste actuación alguna por su parte que evidenciase de manera concluyente que renunciaba a la misma. A estos efectos ninguna objeción cabe efectuar con la perspectiva del derecho a la tutela judicial"*

efectiva a la decisión del órgano judicial de considerar insuficiente el hecho de que la hija contestase afirmativamente a la pregunta del órgano judicial sobre si quería declarar y que efectivamente prestase declaración contra su padre, pues de este elemento táctico, único existente respecto a dicha testigo, no puede inferirse de manera indubitada que conociera la facultad de dispensa que le confería el art. 416.1, en relación con el art. 707, ambos LECrim, y que renunciase a ella."

En relación al valor de las declaraciones efectuadas por la testigo sin la previa información de la dispensa (fuera del excepcional caso analizado por la sentencia del Tribunal Constitucional antes referida), la postura tradicional es la de entender nula la declaración prestada sin tal advertencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 17-12-1997, de 26-5-1999, entre otras).

Se puede distinguir:

a) La testigo no fue advertida en la fase de instrucción de su derecho a no declarar y en el Plenario se acoge a la dispensa: carece de toda validez la declaración prestada en la instrucción.

En este sentido la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo 385/2007 de 10 de mayo dice que *"lo cierto es que la información de derechos al testigo no era superflua, pues en el juicio oral el testigo podía haber ejercitado el derecho que le confiere la ley de no declarar contra su hermano y, en ese caso, su primera declaración hubiera carecido de todo efecto, toda vez que había sido prestada sin la debida advertencia"* (en el mismo sentido, STS 160/2010 de 5 de marzo).

b) La testigo no fue advertida en la fase de instrucción de su derecho a no declarar y en el Plenario, advertida del contenido del art. 707 de la LECr opta por declarar y ratifica: la falta de advertencia en la primera declaración no producirá ningún efecto.

c) La testigo no fue advertida en la fase de instrucción de su derecho a no declarar y en el Plenario, advertida de su derecho, cambia la versión de los hechos: no podrá someterse a contradicción al amparo del art. 714 de la LECr lo dicho en juicio con lo manifestado previamente en instrucción, dado que la primera declaración es nula.

d) La testigo fue advertida en la fase de instrucción de su derecho a no declarar y voluntariamente presta declaración y en el Plenario se acoge a su derecho a no declarar: no se podrá introducir aquella primera declaración en virtud del art. 730 o 714 de la LECr (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo 129/2009; 160/2001; 459/2010).

e) La testigo fue advertida en la fase de instrucción de su derecho a no declarar y voluntariamente presta declaración y en el Plenario opta por declarar habiendo sido advertida de la posibilidad de no hacerlo, pero rectifica la primera declaración, que fue prestada con todas las garantías: se deberán someter a contradicción aquellas de conformidad con el artículo 714 de la LECr para que el Tribunal pueda ponderar la credibilidad que le merece cada una de ellas (Sentencia del Tribunal Supremo 952/2010 de 3 de noviembre).

IV. LEGITIMACIÓN DEL TITULAR DE LA DELEGACIÓN DE GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER ANTE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

IV.1. Personación de la Delegación del Gobierno y administraciones autonómicas. Normativa

El artículo 29-2 de la LO 1/04 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia sobre la Mujer, dispone que *"el titular de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer[2] estará legitimado ante los órganos jurisdiccionales para intervenir en defensa de los derechos y de los intereses tutelados en esta Ley en colaboración y coordinación con las Administraciones con competencias en la materia"*.

La posible personación en los procedimientos penales de las Administraciones Autonómicas también está prevista en diferentes legislaciones de aquel ámbito, en algunas de las ocasiones sin mencionar en qué calidad (Ley 5/2008 de 24 de abril, *del derecho de las mujeres a*

erradicar la violencia machista de Cataluña —art. 45; Ley 13/2010 de 9 de diciembre— *contra la violencia de género en Castilla y León* —art. 29; y , Ley 13/2007, de 26 de noviembre—, de *medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género de Andalucía* —art.38), en otras, refiriéndose al ejercicio de la acción popular en la forma y condiciones establecidas en la Ley procesal (Ley 5/2005 de 20 de diciembre, *integral contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid* —art. 29; Ley 16/2003— *de prevención y protección Integral de las mujeres contra la violencia de género de Canarias* —art.42; Ley de 1/2004 de 1 de abril—, *Integral para la Prevención de la Violencia Contra las Mujeres de Cantabria* —art. 18; Ley 5/2001, de 17 de mayo—, *de Prevención de Malos Tratos y de Protección a las Mujeres Maltratadas, de Castilla La Mancha* —art.16; Ley 4/2007 de 22 de marzo de 2007— *de Prevención y Protección Integral a las Mujeres Víctimas de Violencia en Aragón* —art. 31; Ley 9/2003 de 2 de abril de la Generalitat Valenciana— por la *Igualdad de Hombres y Mujeres* —art 36; Ley 11/2007 de 27 de julio—, *gallega para la prevención y tratamiento integral de la violencia de género* —art.30); y, en otras, regulando la posibilidad de personarse como perjudicada civilmente (Ley 11/2007 de 27 de julio, *gallega para la prevención y tratamiento integral de la violencia de género* —art. 31).

Si se examinan minuciosamente estas legislaciones autonómicas se llega a la conclusión de que en la mayoría de ellas se limita la personación de estas administraciones en los procedimientos penales por violencia de género que se instruyen por muerte o lesiones muy graves de la mujer como consecuencia de esa violencia (Cantabria, Aragón, Valencia y Andalucía, entre otras, hacen esa matización).

De esta manera, en la práctica la personación de las Comunidades Autónomas, al igual que las de la Delegación de Gobierno, solo se produce en los casos más graves de violencia sobre la mujer, aunque en la Ley estatal no se establece ninguna acotación al respecto.

IV.2. Problemática en torno a la personación de la Delegación del Gobierno y las Comunidades Autónomas en los procedimientos de violencia sobre la mujer

IV.2.1. Admisibilidad y cualidad de la personación

La problemática en torno a la personación de las administraciones públicas en estos procedimientos viene referida a dos cuestiones: si es admisible la personación y, en caso de admitirse, en qué calidad, ejerciendo la acusación particular o la acción popular.

Resultando inadmisibles la personación como acusación particular, al no ser la administración autonómica ni estatal perjudicadas por el delito (art. 110.1 de la LECr) algunos Juzgados de Violencia sobre la Mujer y Secciones de las Audiencias Provinciales negaron la legitimación de las Comunidades Autónomas, también para el ejercicio de la acción popular. Ello motivó la interposición de diversos recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 311/2006 de 23 de octubre, otorgó el amparo a la Generalitat al afirmar que ni en el art. 125 CE ni en la normativa general constituida por la LECr, existe una exclusión expresa de las personas jurídicas públicas para el ejercicio de la acción popular, y que corresponde al legislador la ponderación de la compatibilidad entre la institución de la acción popular y su titularidad por los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas, pues "*es el legislador quien tiene la competencia para configurar los mecanismos procesales de acceso a la jurisdicción entre los cuales en los procesos penales se cuenta con el de la acción popular. Y como señalamos en la STC 175/2001, de 26 de julio, el contenido limitado del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión para las entidades públicas no opera frente al legislador.*" (FJ 5). (En el mismo sentido, SSTC 8/2008, de 21 de enero y 67/2011 de 16 de mayo).

El Tribunal Constitucional establece que el hecho de que el artículo 29 de la LO 1/2004 no contenga una habilitación expresa al Delegado de Gobierno para ejercitar la acción popular, y descartada su personación como acusación particular —figura reservada a los perjudicados por el delito— no se puede desconocer que el legislador otorga al Delegado una habilitación *ex lege* para personarse en los procedimientos penales de violencia de género "*que puede ser calificada como acción popular*" y ello es así porque "*la protección integral que otorga la Ley a las víctimas de la violencia de género abarca el ámbito de los procesos penales, la defensa de*

los derechos laborales o en el ámbito de la relación funcional, así como de sus derechos económicos, que pueden ser hechos valer a través de los procesos judiciales en los que cabrá la intervención de la Delegación Especial de Gobierno contra la violencia sobre la Mujer merced a la habilitación contenida en el citado artículo 29 de la LO 1/2004".

Por tanto, entendiendo, como hace el Tribunal Constitucional, que no existe limitación alguna para el ejercicio de la acción popular por parte de la Administración Pública, Estatal o Autonómica, ha de admitirse al menos en el marco de la legislación procesal hoy vigente la personación en los procesos de violencia de género de la Delegación del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer prevista en el artículo 29.2 de la LO1/04, así como la de las Administraciones Autonómicas, regulada en sus respectivas legislaciones específicas, a fin de garantizar su derecho de acceso a los tribunales y la tutela judicial efectiva.

Tal personación lo será en calidad de acción popular (artículos 125 de la Constitución Española, 19 de la LOPJ y 101 de la LECr).

IV.2.2. Exigibilidad de querrela y prestación de fianza

Aceptado que las personas jurídicas tienen la aptitud para personarse sin ser sujetos pasivos de la ofensa en que el delito consiste, como acusador popular, es preciso examinar los requisitos y límites para el ejercicio de esa acción.

El artículo 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que *"todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley."*

Y el artículo 280 del mismo texto legal establece que *"el particular querellante prestará fianza de la clase y en la cuantía que fijare el Juez o Tribunal para responder de las resultas del juicio"*.

De manera que el legislador procesal requiere para adquirir la condición de acusador popular, primero, la interposición de la querrela y, además, la prestación de la fianza que el órgano judicial fije para responder de las resultas del juicio.

En aplicación del art. 270 de la LECr el particular o persona jurídica pública o privada que quiera ejercer la acción popular, ha de interponer querrela para personarse como tal en el procedimiento.

Ahora bien, tal requisito ha sido objeto de matización, diferenciando el supuesto en el que por el ejercicio de la acción popular se inicia el procedimiento penal, en cuyo caso, es imprescindible la interposición de dicha querrela para personarse como acusador popular en el procedimiento penal que se inicia, precisamente, con aquélla, y aquellos supuestos en los que la acusación popular se persona en un procedimiento ya incoado, en cuyo caso no le será exigible la interposición de la querrela, bastando un escrito de personación en el que se manifiesta la voluntad de ser parte.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2003, exime de la interposición de la querrela, al acusador popular que se personó, después de que ya se había iniciado el procedimiento penal y así dice que *"que el requisito de la personación con querrela sólo se ha entendido exigible por la Jurisprudencia de esta Sala cuando mediante tal acto, se iniciaba la encuesta judicial. En el caso de que tal personación fuese en una causa ya iniciada como es el caso presente, porque se inició por denuncia se ha estimado que el requisito de la querrela no era exigible (...), bastando en tal caso el cumplimiento de lo prevenido en el art. 110 LECriminal que limita temporalmente tal personación a su efectividad antes del trámite de calificación"*.

Por tanto, si la personación de la Delegación de Gobierno o de la Comunidad Autónoma, a través de sus servicios jurídicos, se efectúa, como es habitual, una vez iniciado el procedimiento penal, no le será exigible la presentación de querrela.

Finalmente y en lo que se refiere a la prestación de fianza, si bien el artículo 280 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige la prestación de la fianza de la clase y cuantía que exija el juez para responder de las resultas del juicio, se ha de tener en cuenta que el art. 12 de la Ley 52/1997 de 27 de Noviembre, de Asistencia Jurídica del Estado, dispone que *"El Estado y sus*

Organismos autónomos, así como las entidades públicas empresariales, los Organismos públicos regulados por su normativa específica dependientes de ambos y los órganos constitucionales, estarán exentos de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes."

Por tanto cuando la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas se personan como acusación popular en los procedimientos por Violencia de Género de conformidad con el art. 29 de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia sobre la Mujer, o en virtud de las disposiciones normativas autonómicas correspondientes, no se les puede exigir la prestación de fianza de conformidad con el precepto transcrito.

V. INTERVENCIÓN DEL EL MINISTERIO FISCAL EN RELACIÓN CON LAS MEDIDAS DE ASISTENCIA SOCIAL

La Instrucción 2/2005 de la Fiscalía General del Estado, plenamente vigente, nos dice que *"la protección integral de las víctimas de violencia de género, objeto y fin de la Ley 1/2004, se articula tanto sobre un conjunto de medidas de naturaleza penal y judicial como sobre otras, no menos importantes, de amparo institucional, configurando todo un sistema normativo de asistencia a la víctima de carácter jurídico, económico, social, laboral y administrativo, asentado en principios de solidaridad social.*

Así, los capítulos II y III (arts. 21 a 26) del Título II de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género recogen medidas de protección en el ámbito laboral y de Seguridad Social respecto de la smujeres trabajadoras por cuenta propia o ajena y de las funcionarias públicas víctimas de violencia de género, tales como el derecho a la reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo o a la extinción del contrato de trabajo con derecho a la situación legal de desempleo, y el Capítulo IV (art. 27), determinadas ayudas públicas de carácter pecuniario para las mujeres víctimas de violencia de género sin ingresos o con ingresos mínimos. Estas concretas medidas tienen por objeto posibilitar que las víctimas afronten el proceso contra sus agresores sin riesgos innecesarios, garantizarles un mínimo de cobertura económica que evite situaciones materiales de desamparo económico y en definitiva, coadyuvar a su recuperación psicológica al margen de presiones.

Es en este contexto, en el que el legislador ha condicionado el reconocimiento de tales derechos, en determinados casos, a la existencia de un informe que debe emitir el Ministerio Fiscal".

Se consolida así, la posición del Fiscal como órgano constitucional idóneo para, junto al ejercicio de la acción penal que se le encomienda, realizar de la forma más rápida y efectiva la protección de las víctimas (artículos 3 del Estatuto Orgánico de Ministerio Fiscal y artículo 773.1 de la LECr), atribuyendo al Fiscal la legitimación para emitir acreditaciones que van a desplegar sus efectos ante las administraciones que tiene encomendada la asistencia social a estas víctimas.

Esta asistencia social ha sido ampliada a otras esferas no recogidas en los artículos mencionados de la LO 1/2004, a través de la modificación posterior de otras leyes.

En concreto, la Ley de Extranjería —artículos 19 y 31 bis— y la Ley de la Seguridad Social, artículo 174.2 y diversas normas autonómicas, recogen medidas de protección en el ámbito social para las víctimas de violencia de género en las que también se prevé para su acreditación la emisión de un informe por parte del Ministerio Fiscal

Dada la diferente regulación contenida en estas normas, se hace imprescindible el estudio separado de cada una de ellas.

V.1. Los Capítulos II y III (artículos 21 a 26) del Título II de la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género

Los capítulos II y III (arts. 21 a 26) del título II de la LO 1/2004 recogen medidas de protección en el ámbito laboral y de Seguridad Social respecto de las mujeres trabajadoras por cuenta

propia o ajena y de las funcionarias públicas víctimas de violencia de género, y el Capítulo IV (art. 27), determinadas ayudas públicas de carácter pecuniario para las mujeres, víctimas de esta violencia, sin ingresos o con ingresos mínimos.

Para la acreditación de las situaciones de violencia, el legislador ha exigido la existencia de la orden de protección a favor de la víctima si bien, *"excepcionalmente, será título de acreditación de esta situación, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección"* (Art. 23).

En relación con esta novedosa atribución de funciones al Fiscal, en orden a emitir un certificado del que pueden depender el reconocimiento de derechos asistenciales a las víctimas de violencia sobre la mujer, se emitió la Instrucción 2/2005 sobre "Acreditación por el Ministerio Fiscal de las situaciones de Violencia de Género", que establece los supuestos en los que el Fiscal ha de emitir esa acreditación, los presupuestos que han de concurrir para ello y el contenido del informe, que se mantiene en plena vigencia.

El Ministerio Fiscal puede emitir esa certificación en aquellos supuestos en los que no se puede celebrar la comparecencia de la orden de protección, bien porque alguna de las partes carezca en ese momento de asistencia jurídica, situación muy excepcional, o porque el imputado esté en paradero desconocido.

Para obtener la información necesaria al respecto, los Sres. Fiscales deberán consultar el Registro de la Fiscalía así como el Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica y de Género.

En cuanto al procedimiento para la emisión de estos informes, han de aplicarse las pautas establecidas en la Instrucción 2/05 y ha de ser informada sobre la emisión de estos certificados o su denegación, la Fiscal de Sala.

V.2. Ley de Extranjería

En relación a la reagrupación familiar, el artículo 19 de la L. de Extranjería, hace mención expresa a la posibilidad de que la cónyuge reagrupada víctima de violencia género o mujer que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga (17.4), pueda obtener el permiso de residencia y trabajo independiente *"desde el momento que se hubiera dictado a su favor una orden de protección o, en su defecto, informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género."*

El artículo 31 bis, en los párrafos 2º, 3º y 4º dispone *"2. Si al denunciarse una situación de violencia de género contra una mujer extranjera se pusiera de manifiesto su situación irregular, no se incoará el expediente administrativo sancionador por infracción del artículo 53.1.a), y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se hubiera incoado por la comisión de dicha infracción con anterioridad a la denuncia o, en su caso, la ejecución de las órdenes de expulsión o de devolución eventualmente acordadas"*

3. La mujer extranjera que se halle en la situación descrita en el apartado anterior, podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género. Dicha autorización no se resolverá hasta que concluya el procedimiento penal. En el momento de presentación de la solicitud, o en cualquier otro posterior a lo largo del proceso penal, la mujer extranjera, por sí misma o través de representante, también podrá solicitar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales a favor de sus hijos menores de edad o que tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, o una autorización de residencia y trabajo en caso de que fueran mayores de 16 años y se encuentren en España en el momento de la denuncia.

Sin perjuicio de lo anterior, la autoridad competente para otorgar la autorización por circunstancias excepcionales concederá una autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la mujer extranjera y, en su caso, las autorizaciones de residencia provisionales a favor de sus hijos menores de edad o con discapacidad, o de residencia y trabajo si fueran mayores

de 16 años, previstas en el párrafo anterior, que se encuentren en España en el momento de la denuncia. Las autorizaciones provisionales eventualmente concedidas concluirán en el momento en que se concedan o denieguen definitivamente las autorizaciones por circunstancias excepcionales.

4. Cuando el procedimiento penal concluyera con una sentencia condenatoria o con una resolución judicial de la que se deduzca que la mujer ha sido víctima de violencia de género, incluido el archivo de la causa por encontrarse el imputado en paradero desconocido o el sobreseimiento provisional por expulsión del denunciado, se notificará a la interesada la concesión de las autorizaciones solicitadas. En el supuesto de que no se hubieran solicitado, se le informará de la posibilidad de concederlas, otorgándole un plazo para su solicitud.

Si del procedimiento penal concluido no pudiera deducirse la situación de violencia de género, se incoará el expediente administrativo sancionador por infracción del artículo 53.1.a) o se continuará, en el supuesto de que se hubiera suspendido inicialmente."

A diferencia de lo que ocurre con los arts. 23 y 27 de la LO 1/2004, en estos preceptos, no se condiciona el informe del Ministerio Fiscal a que no se haya podido celebrar la comparecencia de orden de protección (art. 544 ter-4 LECr), por lo que aun no existiendo solicitud de orden de protección, el Fiscal podría emitir ese informe si se constatará la existencia de indicios de hechos delictivos relacionados con la violencia de género.

Si, a diferencia de aquellos preceptos de la LO 1/2004, la solicitud de la demandante no ha de estar necesariamente ligada a la sustanciación de una orden de protección (la sola denuncia provoca la suspensión del expediente sancionador incoado con anterioridad, incluso la suspensión de la ejecución de las órdenes de expulsión o de devolución eventualmente acordadas), el examen que ha de hacer el Fiscal vendrá circunscrito a la existencia de esos indicios de delito, pero no será necesario, en principio, valorar la existencia de indicios objetivos de riesgo.

El hecho de que no sea necesaria la constatación de un riesgo objetivo, viene avalada porque para los supuestos de obtención de los permisos de residencia y trabajo por razones excepcionales, la legislación de extranjería prevé que, dictada sentencia condenatoria (con independencia de que haya existido o no una orden de protección), si la víctima no los hubiere solicitado, "se le informará de la posibilidad de concederlas, otorgándole un plazo para su solicitud".

En cuanto al procedimiento para la emisión de estos informes, han de aplicarse las pautas establecidas en la Instrucción 2/05.

V.3. El artículo 174.2 de la Ley de Seguridad Social

El artículo 174.2 de la LGSS (modificado por Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.) dispone: "*en todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aún no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho.*"

Al igual que ocurre en la legislación de extranjería, la ley de Seguridad Social amplía los títulos en virtud de los cuales la mujer viuda, puede acreditar haber sido víctima de violencia de género en el momento de la separación o divorcio, pues además de la orden de protección o el informe del Ministerio Fiscal, se hace referencia expresa a la sentencia condenatoria, al auto de archivo por extinción de la responsabilidad criminal por el fallecimiento del imputado, y "*cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho*".

Por tanto en caso de que no se haya incoado procedimiento penal alguno, y la mujer solicitante pretenda acreditar la existencia de tales indicios, podrá presentar ante la Administración a la que dirija su solicitud los medios de prueba de que intente valerse, siendo la Administración la

que tras su examen determinará si, a los fines que se le encomiendan, existen o no aquellos indicios.

Al igual que en el supuesto anterior, la solicitud de la demandante de certificación del Ministerio Fiscal, cuando no exista sentencia condenatoria, auto de archivo por extinción de responsabilidad criminal u orden de protección, no ha de estar necesariamente ligada a la sustanciación de una orden de protección y por tanto, si del examen de los procedimientos penales que hubieren existido coetáneamente a la tramitación del procedimiento de separación o divorcio, el Fiscal advierte la existencia de indicios fundados de violencia de género, podrá emitir aquella certificación sin necesidad de valorar el riesgo.

En cuanto al procedimiento para la emisión de estos certificados, rigen, también en este supuesto, las pautas establecidas en la Instrucción 2/05.

VI. DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS

El artículo 48.4 del Código Penal establece que, en caso de que un juez o tribunal acuerde la pena de prohibición de aproximación a la víctima, podrá asimismo disponer que el control de tal medida se efectúe a través *"de aquellos medios electrónicos que lo permitan"*.

La LO 1/2004 en el art. 64.3 dispone que para el control del seguimiento de las medidas de prohibición de aproximación (alejamiento) *"Podrá acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento"*.

De este modo, la posibilidad de utilización de tales mecanismos prevista inicialmente sólo para los penados se hace extensiva al control de las medidas de alejamiento impuestas con carácter cautelar en los procedimientos que se sigan por violencia de género en el ámbito de la Ley Integral.

El Ministerio de Igualdad (Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad), en cumplimiento del Acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de noviembre de 2008, puso en marcha el *"Sistema de Seguimiento por Medios Telemáticos de las Medidas de Alejamiento en materia de Violencia de Género"* y se suscribió, el día 8 de julio de 2009, por el Ministerio de Interior, Ministerio de Igualdad, Consejo General del Poder Judicial y Fiscalía General del Estado, el Protocolo de actuación para la implantación del sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de las medidas de alejamiento en materia de violencia de género.

Estos mecanismos contribuyen a mejorar la seguridad y protección de las víctimas y permiten verificar el cumplimiento de las prohibiciones de aproximación impuestas en las resoluciones judiciales, proporcionando información actualizada y permanente sobre cualquier incidencia que se produzca tanto en cuanto al funcionamiento del sistema como del cumplimiento de la prohibición, generando, por otra parte una prueba documental de los incumplimientos que resultará de alto valor en el procedimiento penal que se incoe por un presunto delito de quebrantamiento (art. 468.2 del CP).

Si bien el objeto del Protocolo viene referido exclusivamente al control de medidas cautelares, pronto se detectó la necesidad de ampliar su aplicación también al ámbito del control de ejecución de penas, pues se podrían producir paradójicas situaciones como la de tener que proceder a la retirada del dispositivo al condenado que, en atención al riesgo detectado, lo había portado durante la tramitación del procedimiento para el control de la medida cautelar.

Por ello, se acordó por la Comisión de Seguimiento creada al efecto en la Cláusula Tercera del Acuerdo del Consejo de Ministros más arriba referido, la ampliación del Protocolo en el sentido expuesto y, con carácter excepcional, y hasta que se lleve a cabo tal ampliación, la aplicación de este sistema para el control de la ejecución de penas, cuando la resolución judicial acuerde su imposición, ante la necesidad de contar con este sistema por el alto riesgo de reiteración detectado, y siempre que el condenado no se halle en prisión.

En relación con control de las medidas cautelares, se ha de recordar que este dispositivo será un instrumento adecuado para ello salvo que resulte necesario acordar la prisión provisional del imputado, por concurrir los presupuestos y fines establecidos en el art. 503 de la LECr, lo que ocurrirá cuando la finalidad perseguida sea la de evitar el riesgo de reiteración de actos

semejantes contra bienes jurídicos de la víctima y no se pueda enervar el riesgo detectado con medidas menos gravosas como pueden ser la prohibición de aproximación, y en su caso, con la imposición de los dispositivos electrónicos.

A estos efectos, la Consulta 2/2006 de la Fiscalía General del Estado "sobre la prisión preventiva acordada en supuestos de malos tratos del artículo 153 del Código Penal. Límite de su duración" recuerda el carácter excepcional de esta medida y así dice en el apartado V sobre "Medidas alternativas menos gravosas que la prisión provisional en los supuestos de violencia doméstica o de género" que *"la prisión provisional sólo será necesaria cuando otras medidas no sean suficientes para garantizar el fin pretendido, principalmente, en este ámbito, 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 artículo 173.2 CP [art. 503.1.3º c) LECrim]."*

Puede ocurrir sin embargo, que acordada la prisión provisional se haya de dejar esta sin efecto por haber transcurrido el plazo máximo establecido en el art. 504 de la LECr sin haber concluido el procedimiento o por otras razones, supuestos en los que se podría interesar la imposición de estos mecanismos si se consideran necesarios para facilitar la protección de la víctima y el control de la medida cautelar de alejamiento que haya sido acordada.

En cuanto al control de penas de alejamiento, si el condenado lo fuera a pena de prisión, por imperativo del art. 57 del CP la pena de alejamiento ha de ser superior al menos en un año a aquélla. La posibilidad de instalar estos dispositivos existe, por tanto, no sólo cuando la pena de prisión ha sido suspendida de conformidad con el art. 80 y siguientes del Código Penal, sino tras quedar en libertad el condenado, en caso de cumplimiento de la pena privativa de libertad, para controlar la pena de prohibición de aproximación a la víctima pendiente de cumplimiento.

En torno a los dispositivos telemáticos se han venido planteando problemas sobre la calificación penal de ciertas conductas del imputado, cuando no respeta las normas de funcionamiento del dispositivo, haciendo éste ineficaz, o fractura intencionadamente el dispositivo transmisor RF (brazalete), sin aproximarse a la víctima, ni a los lugares determinados en la resolución judicial.

Se puede distinguir:

a) Situaciones en las que el dispositivo no funciona a consecuencia de la actuación voluntaria del imputado (por ejemplo, no carga de forma contumaz la batería de la unidad 2Trak, sabiendo que al agotarse ésta deja de funcionar).

Se podría estar ante un delito de desobediencia, pues la imposición de tales mecanismos de detección de proximidad ha sido acordada en una resolución judicial, y el imputado debe haber sido requerido para colaborar en la instalación y adecuado funcionamiento del dispositivo con el apercibimiento de que, de no hacerlo así, puede incurrir en el citado delito; tal requerimiento deberá constar en la propia resolución o en el acta de la notificación de la resolución en la que se acuerda la imposición de estos mecanismos para el control.

En la Conclusiones alcanzadas por los Fiscales Delegados especialistas en el Seminario celebrado en Antequera en el año 2010, refrendadas por el Fiscal General del Estado, ya se hacía constar que, los Sres. Fiscales debían velar para que se hicieran esos requerimientos.

Hay que tener en cuenta, además, que al imputado se le advierte por los técnicos en el momento de la instalación del dispositivo, de su funcionamiento y las normas básicas del mantenimiento de los aparatos, dejando constancia escrita y firmada por el usuario de todo ello y de que lo ha comprendido.

Efectivamente el "Protocolo de actuación para la implantación del sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de las medidas de alejamiento en materia de violencia de género", en el apartado 1.2.2 establece que *"el inculcado dejará constancia por escrito de que le han facilitado el DLI, que le han explicado su funcionamiento y las normas básicas de mantenimiento y que las ha comprendido"*, documento que ha de suscribirse en todos los supuestos en los que se proceda a la instalación de estos mecanismos y del que han de procurarse los técnicos en el momento de la instalación.

b) Supuestos en los que el imputado fractura intencionadamente el brazaletes (lo que generará inmediatamente la alarma correspondiente), pero no invada las zonas de exclusión establecidas en la resolución judicial, es decir, no se aproxime a la víctima ni a su domicilio, ni a los demás lugares afectados por la prohibición de aproximación.

En este caso, no cometería un delito de quebrantamiento de medida cautelar, pues no incumple las prohibiciones impuestas en la resolución judicial, dado que el dispositivo de detección de proximidad no es más que un mecanismo de control de ejecución de la medida cautelar o pena que no se vulnera.

Podría imputarse un delito de desobediencia (artículo 556 del Código Penal), si en la resolución judicial, o en el acta de su notificación al imputado consta el expreso requerimiento de que ha de colaborar con el adecuado funcionamiento del dispositivo, con las advertencias de poder incurrir, en caso contrario, en un delito de desobediencia. Además, y en atención al valor pericial de los daños causados, podría haber incurrido en una falta o delito de daños (artículos 625 o 263 del Código Penal).

VII. CUESTIONES SUSTANTIVAS PENALES

VII.1. La pena de prohibición de aproximación: artículo 57.2 del Código Penal

VII.1.1. Sobre el carácter imperativo de la pena de prohibición de aproximación en los supuestos de violencia de género y doméstica

El artículo 57 del CP fue modificado por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, incluyendo en el precepto el párrafo segundo, quedando regulado como sigue:

"1. Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave.

No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.

2. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior."

En relación a esta modificación, la Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado sobre "aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003 (primera parte)", establece que en los delitos relativos a malos tratos familiares es preceptiva la imposición de la pena accesoria de prohibición de aproximación a la víctima o personas asimiladas y así, literalmente dice que *"debe pues tenerse en cuenta que conforme al art. 57.2 CP será obligatorio promover y acordar siempre la prohibición de aproximación del art. 48.2 CP"*

respecto de los delitos relacionados con la violencia doméstica. Por tanto los Sres. Fiscales deberán solicitar siempre el alejamiento en tales supuestos, con independencia de la voluntad de la víctima."

Sobre el carácter imperativo de la pena en los supuestos del art. 57.2 del CP, nunca se había suscitado debate jurídico y sólo de forma tangencial había pronunciamientos que no discuten la imposición de la pena incluso contra la voluntad de la víctima (STS 69/2006 de 20 de enero; de 19-1-2007; de 28-9-2007; 172/2009 de 24 de febrero y de 20 de abril de 2007). En concreto la STS de 20 de abril de 2007, razona que "el párrafo 1º del art. 57.1 CP, atribuye al tribunal sentenciador la facultad u opción de imponer o no las prohibiciones del art. 48 (penas accesorias), dentro de unos límites temporales. El mismo criterio se sigue en caso de responsabilidad por faltas (art. 57-3 CP).

Sin embargo, en el apartado 2º de ese mismo artículo los términos en que la ley se manifiesta son distintos. En dicho apartado se establece con carácter imperativo la imposición de las penas accesorias del nº 2 del art. 48, cuando se da el presupuesto normativo que allí se contempla (delitos enmarcados dentro de la violencia de género), en los siguientes términos "se acordará, en todo caso"; la pena por tanto no es discrecional,..., la ausencia de motivación o decisión de imponerla, no debe obstaculizar la aplicación de la ley penal, dada su imperatividad,...".

Razonamiento que motivó, igualmente, la inadmisión del recurso de casación en el Auto 1645/09 de 9 de julio en relación a un supuesto del art. 153-1 del CP sobre el "carácter inderogable de la pena", manteniendo que "su imposición resulta de obligado cumplimiento para el juez sin perjuicio de la utilización de la vía de indulto cuando se estime oportuno conforme a lo que dispone el artículo 4.3º del Código Penal, que, aun así, determina la ejecución de la pena (tanto más la imposición de la misma)."

Ahora bien, en aras a evitar los conflictos humanos y familiares que tantas veces se han puesto de relieve por la imposición obligatoria de la pena, se emitió el oficio de 16 de marzo de 2010 a todos los Fiscales Jefes Provinciales y a los Fiscales Delegados en el que se establecía, con marcado carácter excepcional, ponderando las circunstancias del hecho, las personales del autor y la situación de riesgo de las víctimas, la posibilidad de no interesar la pena de alejamiento del art. 57-2 en los diferentes supuestos del art. 153-1 y 2 del mismo texto legal.

A consecuencia de esa comunicación se plantearon problemas en orden a su interpretación y en concreto a la pertinencia de que esa tesis se extendiera, también, a los supuestos de amenazas leves del art. 171-4 y 5 y de coacciones leves del art 172-2 del CP, y a que la posibilidad de no solicitar la pena de alejamiento quedaría reducida a los supuestos en los que se interese como pena principal la de trabajos en beneficio de la comunidad, pero no en los casos en los que se solicite la pena de prisión, pues cuando proceda la suspensión de esta pena, de conformidad con el art. 83-1 in fine del CP habría que imponer, como condición imperativa, la prohibición de aproximación a la víctima, por lo que el efecto pretendido con la no petición de la pena accesoria no se produciría dado que el condenado no podrá acercarse a la víctima en virtud del beneficio que le fue concedido.

Con posterioridad existen otros pronunciamientos del Tribunal Supremo y así, la sentencia 703/2010 de 15 de julio, que estimó el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal entendiendo que "en efecto, en ese precepto se castiga al que por cualquier medio o procedimiento 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 razón de afectividad aun sin convivencia. Y ese es precisamente el supuesto fáctico que la Sala de instancia declara probado, pues afirma que el acusado zarandeo a la denunciante sin causarle lesión. No cabe duda alguna de que el zarandeo constituye un maltrato de obra, y como la denunciante no resultó lesionada, es claro que la Audiencia debió aplicar el referido precepto, incurriendo al no hacerlo en la infracción de ley que alega el Ministerio Fiscal en su escrito de recurso" y en la Segunda sentencia condena entre otras, por un periodo de dos años, a la pena de prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de su ex mujer, ello sin fundamentación o motivación alguna que justifique la imposición de esta pena, lo que debería haberse hecho de considerarse discrecional y que no se hizo pues el tribunal sobreentendió que la pena es de

obligada imposición en todos los supuestos del art. 153 del CP y por tanto, también, en el de malos tratos sin resultado lesivo.

Por su parte la Sentencia del T.S. 1182/2010 de 29 de diciembre, en relación al bien jurídico protegido en el art. 153 del CP es clara cuando dice que *"... el tipo penal del maltrato previsto en el art. 153 del C.Penal resulta homogéneo con el tipo de lesiones del art. 148.4 del mismo texto legal, distinguiéndose sólo, tal como se ha anticipado, en la no concurrencia de un resultado lesivo que conllevara tratamiento médico. La modalidad de la acción es la misma, la base de agravación por el parentesco también y, asimismo, se vulnera en ambos casos el bien jurídico de la integridad física o la salud de la víctima."*

De ello se deduce que no solo sistemáticamente están incluidas todas las conductas del art. 153 del CP integradas en el Título referido a "las lesiones", sino que el bien jurídico protegido es precisamente la integridad física de la víctima al igual que en el resto de preceptos comprendidos bajo tal rúbrica.

En la STS 819/2010 de 21 de septiembre, en un supuesto de lesiones graves causadas a la novia del imputado en el que las partes no pidieron la pena de alejamiento y ésta fue impuesta por el órgano de enjuiciamiento, razona el Tribunal Supremo que *"nos encontramos por tanto ante la omisión de petición de una pena imperativa e insoslayable, por lo que, de acuerdo con la resolución del Pleno citado, a pesar de la no petición de las partes acusadoras, se deberá imponer en su medida mínima, que es precisamente lo que ha realizado la Sala que dicta la sentencia que se recurre"*.

En fin, hay que hacer referencia a la Sentencia 60/2010 de 7 de octubre del Tribunal Constitucional. El planteamiento de la cuestión, referida al art. 57-2 del CP, se basaba en la posible infracción del principio de personalidad de la pena (art. 25.1 de la CE), de la prohibición de indefensión (art. 24-1 CE), del principio de proporcionalidad de las penas (art. 25.1 CE en relación al 9.1) y del derecho a la intimidad familiar en relación al derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 18.1 en relación al art. 1.1 y 10 de la CE). Además se alega que afecta a la libertad de elegir residencia y a circular por el territorio nacional (art. 19.1 de la CE), a contraer matrimonio (19.1 CE) y, en este supuesto, habida cuenta que el condenado trabaja en el mismo centro que la víctima, al derecho al trabajo en la profesión elegida (35 CE). El TC declara la constitucionalidad de la imposición obligatoria de la pena de prohibición de aproximación por entender que los fines que persigue son constitucionales, y que la pena es adecuada y necesaria para su consecución y, además, es proporcional pues, el legislador articula un sistema que permite al juez graduar la pena en atención a las circunstancias del caso.

Por último, y como colofón, es preciso referirse a la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo (Sala Cuarta) de 15 de septiembre de 2011 dictada en las cuestiones acumuladas C-483/09 y C-1/10, que tienen por objeto las cuestiones prejudiciales planteadas, con arreglo al artículo 35 UE, por la Audiencia Provincial de Tarragona, en el marco de sendos procesos penales incoados contra los imputados, acusados de haber infringido la prohibición, impuesta como pena accesoria, de aproximarse a sus respectivas parejas víctimas de violencia sobre la mujer.

En ambos procedimientos seguidos por delitos de quebrantamiento de la pena de alejamiento, ambas mujeres, refirieron haber reanudado ellas voluntariamente la convivencia con los imputados, por lo que en el recurso de apelación que pende ante la Audiencia Provincial, los recurrentes entienden que tales hechos no constituyen el delito por el que fueron condenados en la instancia.

La Audiencia Provincial considera que la confirmación o no de aquella condena depende de que el carácter preceptivo de la adopción de medidas de alejamiento en los supuestos de delitos de violencia familiar, aun cuando las víctimas se opongan a tales medidas, sea compatible con la Decisión marco 2011/220/JAI del Consejo de Europa de 15 marzo de 2001, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal.

En la Sentencia, el Tribunal Europeo recuerda que la Decisión marco referida no contiene ninguna disposición relativa a las clases y graduación de las penas que los Estados miembros han de establecer en su normativa para sancionar las infracciones penales, y que el art. 2 apartado 1, de la propia Decisión marco tiene por objeto *"garantizar que la víctima pueda participar efectivamente en el proceso penal de un modo adecuado, lo cual no implica que una*

medida de alejamiento preceptiva como la controvertida en los procesos principales no pueda imponerse en contra de la opinión de la víctima" añade que el derecho procesal de la víctima a ser oída no confiere a esta ningún derecho en cuanto a la determinación de las clases ni la graduación de las penas aplicables a los autores de los hechos de conformidad con la normativa penal nacional, pues "la protección penal contra los actos de violencia doméstica que establece un Estado miembro en ejercicio de su potestad sancionadora no sólo tiene por objeto la protección de los intereses de la víctima tal como ésta los percibe, sino también la protección de otros intereses más generales de la sociedad". Y concluye que "los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión marco deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la imposición de una medida de alejamiento preceptiva con una duración mínima, prevista como pena accesoria por el Derecho penal de un Estado miembro, a los autores de violencia en el ámbito familiar, aun en el supuesto de que las víctimas de esa violencia se opongan a la aplicación de tal medida".

A la vista de la reiterada posición del Tribunal Supremo sobre el carácter imperativo de la pena de alejamiento así como de la Sentencia del TC de 7 de octubre de 2010 y la del Tribunal de Justicia Europeo de 15 de septiembre de 2011, no puede sostenerse el carácter discrecional de la pena en los procedimientos de violencia sobre la mujer y doméstica (art. 57.2), por lo que los Sres. Fiscales deberán solicitar siempre la pena de alejamiento de conformidad con los parámetros establecidos en el art. 57.1 del CP.

VII.1.2. Sobre el cumplimiento simultáneo de la pena de prisión y de las penas accesorias de prohibición de aproximación y/o comunicación

En relación al cumplimiento de la pena de prisión y de las penas accesorias de prohibición de aproximación y de comunicación impuestas al acusado, en algunas resoluciones judiciales se dispone erróneamente que "se ejecutarán una vez que se cumplan las penas privativas de libertad o a partir del momento que en el cumplimiento de la pena privativa de libertad el acusado pueda obtener algún tipo de beneficio que le facilite salir de prisión".

Este criterio es contrario al establecido en el artículo 57-1 del CP que dispone que "se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea". La Exposición de Motivos de la LO 15/2003, de 11 de noviembre por la que se modificó la LO 10/95, de 23 de noviembre, del Código Penal, justifica la modificación efectuada en relación a este extremo diciendo que "se amplía la duración máxima de las penas de alejamiento y de no aproximación a la víctima, incluyéndose la previsión de su cumplimiento simultáneo con la prisión e incluso concluida la pena, para evitar el acercamiento durante los permisos de salida a otros beneficios penitenciarios o después de su cumplimiento".

En el mismo sentido la Circular 2/04, de 22 de octubre de la Fiscalía General del Estado advierte de la necesidad de incrementar estas penas accesorias "... en cuanto a su duración para que tras la libertad definitiva y consiguiente extinción de la pena principal de prisión, continúe siendo efectivo el alejamiento" y la STS 886/2010 de 20 de octubre, que resuelve un recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, establece que: "la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea".

VII.2. El delito de quebrantamiento

VII.2.1. "Quebrantamiento consentido" de la pena o medida cautelar de prohibición de aproximación

Las particularidades de la violencia que los hombres ejercen sobre las mujeres con las que han mantenido o mantienen una relación sentimental nos enfrenta a situaciones en que las víctimas por diversas razones tales como el abandono, el temor a represalias, la esperanza en creer que el agresor cambiará su comportamiento violento, la dependencia emocional o económica que les une a ellos, presiones familiares, o por considerar que la ausencia del padre pueda resultar perjudicial al desarrollo de los hijos, deciden o consienten reanudar la convivencia pese a haberse decretado judicialmente una prohibición de aproximación que le ha sido impuesta al agresor (arts. 57.2 en relación al art. 48 CP y 544 bis y 544 ter LECr.)

Desde el año 2005 las Memorias de la Fiscalía General del Estado recogen la problemática que esta situación genera, y que se ha puesto de manifiesto de forma reiterada por la Fiscalía de Sala de Violencia sobre la Mujer, que ha advertido del riesgo al que se enfrentan estas mujeres, no solo de sufrir nuevos ataques contra su integridad o libertad, sino de sufrir males mayores.

Antes de que entrara en vigor la LO 1/2004, la reforma del Código Penal operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, ya había modificado las penas de privación del derecho a residir, a aproximarse y a comunicarse con la víctima previstas en los arts. 48 y 57 del CP. En virtud de dicha reforma, estas penas tienen carácter facultativo para el órgano de enjuiciamiento (art. 57.1 y 3 CP), salvo en delitos relativos a malos tratos familiares en los que es preceptiva la imposición de la prohibición de aproximarse a la víctima o a personas asimiladas. Así, conforme al art. 57.2 CP será obligatorio promover y acordar siempre la prohibición de aproximación del art. 48.2 CP respecto de los delitos relacionados con la violencia de género y violencia doméstica.

Por el contrario, la imposición de la medida cautelar de prohibición de aproximación a la víctima es una decisión precedida de un juicio previo que se deja a la facultad del juzgador que trata de evitar que, durante el proceso, puedan cometerse nuevos actos de violencia de género y que podrá ser acordada por el juez, de oficio, o a instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en el art. 173.2 CP, o del Ministerio Fiscal, conforme dispone el art. 544 ter.2 LECr.

Ante estas situaciones, la experiencia de los Fiscales en la tramitación de los procedimientos en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer les hizo enfrentarse a un escenario peculiar comprobando como en no pocas ocasiones, pese a haberse dictado una resolución judicial que contenía una medida cautelar o pena de prohibición de aproximación, agresor y víctima reanudaban la convivencia pese a la interdicción estipulada.

En relación con este último supuesto debe partirse de que el Código Penal tipifica como delito, en el artículo 468.2, el hecho de quebrantar una pena de las contempladas en el artículo 48 (prohibición de residir, de aproximación a la víctima y de comunicación) o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en que el ofendido sea alguna de las personas del art. 173.2 de dicho texto legal.

Lo que en principio no planteaba problemas jurídicos en otros tipos delictivos supuso un constante foco de problemas en relación con los delitos relacionados con la violencia de género y violencia doméstica que no ha sido fácil resolver por las constantes oscilaciones de los pronunciamientos del Tribunal Supremo en torno a su solución. Porque la primera STS 1156/2005, de 26 de septiembre que este Tribunal dicta en relación a dilucidar (entre otras cuestiones) si se había cometido un delito de quebrantamiento de medida cautelar impuesta al agresor, que había reanudado la convivencia con su pareja, concluyó con un pronunciamiento absolutorio al interpretar que la reanudación de la convivencia de forma voluntaria *"acredita de forma fehaciente la no necesidad 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."* Es decir, otorga a la voluntad de la víctima de reanudar la convivencia con el agresor, la relevancia jurídica suficiente como para dejar sin efecto la orden judicial de alejamiento, dotando así a estas medidas de un carácter disponible ajeno a aquél con el cual las delimitó y reguló el legislador.

Con posterioridad a esta resolución, se celebró en el mes de noviembre de 2005 el primer Seminario de Fiscales Delegados de Violencia contra la mujer en el que se acometió este problema, acordando que: *"cuando el Fiscal tenga conocimiento en las Diligencias en las que se acordó la medida cautelar de prohibición de aproximación o de comunicación, de que el agresor no está cumpliendo la medida de alejamiento o incomunicación adoptada como medida cautelar, se deducirá en todo caso, testimonio por si los hechos fueren constitutivos de un delito de quebrantamiento del artículo 468 del CP. De igual manera se solicitará la deducción de testimonio cuando en la ejecutoria (si las prohibiciones referidas hubieren sido impuestas por sentencia firme) se apreciara indicios de comisión del delito referido (quebrantamiento de*

pena). En ambos casos, se actuará de la manera referida, aún cuando mediara el consentimiento de la víctima, sin perjuicio de la valoración de los hechos en instrucción".

A partir de este momento la Jurisprudencia osciló en los dos años siguientes, diferenciando la respuesta según el delito cometido hubiera sido de quebrantamiento de medida cautelar o quebrantamiento de pena. En este sentido la citada STS 1156/2005 es matizada por la STS 69/2006, de 20 de enero, referida tanto a delito de quebrantamiento de medida cautelar como de pena y, aunque atribuye eficacia al consentimiento firme y relevante por parte de la víctima, lo hace a través del error invencible de tipo. Las siguientes resoluciones del Tribunal Supremo (STS 10/2007 de 19 de enero y STS 775/2007 de 28 de septiembre) comienzan a cuestionar la disponibilidad por parte de la víctima de los bienes jurídicos que la norma trata de proteger, y no será hasta el 25 de noviembre de 2008 cuando la cuestión fue abordada por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, a través del Acuerdo no Jurisdiccional en el que se acordó que "el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 CP.", excluyendo, por tanto, cualquier clase de eficacia al consentimiento, expreso o tácito, otorgado por la víctima, para la reanudación de los encuentros o de la convivencia.

La primera sentencia posterior al pleno que trata la cuestión en relación a un delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar es la STS 20/2009 de 29 de enero, que proclama la irrelevancia absoluta del consentimiento prestado por la víctima a la reanudación de la convivencia, independientemente de las condiciones en las que el mismo fue emitido.

En las posteriores resoluciones del Tribunal Supremo (39/2009 de 29 de enero, 172/2009 de 24 de febrero, 349/2009 de 30 de marzo, y otras) que reproducen el Acuerdo, no distingue el Tribunal entre quebrantamiento de medida y de pena, dispensándoles idénticas consecuencias en cuanto a que el incumplimiento de la resolución judicial (Auto o Sentencia) que acuerda la medida o pena de prohibición de aproximación a la víctima supone la comisión del delito previsto en el artículo 468.2 del CP. De otro modo la eficacia de los principios de legalidad y seguridad jurídica desaparecerían si el cumplimiento quedase al arbitrio de las personas obligadas, porque frente al interés de la víctima y el agresor en reanudar la convivencia, se encuentra el interés del Estado no solo en proteger a la víctima cuando se encuentra en una situación de riesgo sino en que las resoluciones judiciales se cumplan, y sean eficaces. Lógicamente, dejar al albur de la víctima el cumplimiento efectivo de las penas o medidas acordadas las convierte en disponibles y supondría una cesión del "*ius puniendi*" del Estado imposible de asumir en un Estado de derecho. Y además, esta cuestión trae su causa de una realidad cotidiana que se dilucida en los juzgados y Tribunales, y esa práctica diaria, como dice la STS 755/2009 de 13 de julio "... *nos enseña que los consentimientos se prestan en un marco intimidatorio innegable, en el que la ex pareja se conoce demasiado bien y utiliza para lograr la aceptación del otro artimañas engañosas, cuando no el recurso a sentimientos fingidos o falsas promesas.*" Añade además esta resolución que "*el derecho penal sobre violencia de género tiene unas finalidades que no se pueden conseguir si se permite a la víctima dejar sin efecto decisiones acordadas por la autoridad judicial en su favor.*"

Son una muestra de las peculiaridades que presenta el tratamiento del delito de quebrantamiento de pena o medida cautelar relativo a la violencia doméstica y de género, que acertadamente describe la STS 1065/2010 de 26 de noviembre cuando expresa que: "*la pérdida de autoestima por parte de la mujer, que es consustancial a los episodios prolongados de violencia doméstica, puede provocar en el órgano judicial el irreparable error de convertir lo que no es sino la expresión patológica de un síndrome de anulación personal, en una fuente legitimante que lleve a la equivocación de anular las barreras alzadas para la protección de la propia víctima, sumiendo a éste de nuevo en la situación de riesgo que trataba de evitarse.*"

En suma, puesto que todas las SSTS dictadas durante los años 2010 y 2011, (SSTS 14/2010 de 28 de enero, 61/2010 de 28 de enero, 60/2010 de 29 de enero, 268/2010 de 26 de febrero, 474/2010 de 17 de mayo, 902/2010 de 21 de octubre, 117/2010 de 24 de noviembre, 1065/2010 de 26 de noviembre, 9/2011 de 31 de enero, 126/2011 de 31 de enero, 192/2011 de 18 de marzo, 260/2011 de 6 de abril) no se desvían del Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de 25 de noviembre de 2008, se puede concluir que el problema que ya se puso de relieve en la Memoria del año 2006, y respecto del que nos pronunciamos en el año 2005 en el Seminario de Fiscales en torno a la irrelevancia del consentimiento de la víctima para perseguir las

conductas descritas en el artículo 468.2 del CP ha sido ampliamente avalado por todas las resoluciones del Tribunal Supremo citadas.

VII.2.2. Continuidad delictiva en los delitos de quebrantamiento de medida o de pena de aproximación y/o de comunicación

La figura de la continuidad delictiva puede concurrir en la comisión del delito de quebrantamiento previsto en el art. 468.2 CP, siempre que se cumplan los requisitos previstos en el artículo 74 del mismo cuerpo legal.

Cuando se habla de "quebrantamientos consentidos" es preciso referirse a diferentes supuestos que es preciso abordar; en primer lugar porque la figura del quebrantamiento puede manifestarse, o bien por reanudación de la convivencia entre agresor y víctima, o bien porque se producen encuentros o acercamientos entre ellos, desvinculados de la situación de convivencia. Estos diferentes modos van a ser merecedores de diferente respuesta punitiva, ya que en algunos casos concurre la continuidad delictiva en el delito de quebrantamiento, y en otros no.

No es delito continuado de quebrantamiento:

- a) Cuando el agresor y la víctima reanudan la convivencia, pese a la prohibición impuesta.

En esta línea se pronunció el Seminario de Fiscales Delegados del año 2010, que acordó que "no existe la continuidad delictiva en el delito de quebrantamiento de medida cautelar o pena de alejamiento, cuando decretada por resolución judicial la pena o medida, se reanuda la convivencia entre agresor y víctima".

- b) Cuando esa convivencia reanudada cesa durante un tiempo, para restablecerse de nuevo una o varias veces.

En este caso, se estaría ante la comisión de tantos delitos de quebrantamiento como veces se haya restablecido la convivencia, sin que exista tampoco en este caso continuidad delictiva, por interrupción de convivencia durante lapsos de tiempo independientes.

- c) Cuando en un único encuentro sin haberse interrumpido en el tiempo el acercamiento entre agresor y víctima, este se ha extendido a varios y diferentes lugares. No hay por tanto interrupción, el encuentro se prolonga en el tiempo, por lo que existiría tan solo un único delito de quebrantamiento, sin que tampoco pueda predicarse la continuidad delictiva

Así lo expresa la STS 268/2010 de 26 de febrero, que en un supuesto en el que el agresor se encuentra con su víctima, pasea con ella, la acompaña... y posteriormente la conduce al hospital para curarla de las heridas que le ha causado y permanece allí con ella, resuelve que *"no ha existido más que un solo encuentro, en donde el acusado ha incumplido la orden judicial"*.

Es delito continuado de quebrantamiento:

- a) Cuando decretada la medida cautelar o pena de aproximación entre agresor y víctima, se produzcan entre ambos múltiples y sucesivos encuentros, al margen del lugar, ocasión o cualquier otra circunstancia (situación frecuente en la práctica reflejada en las causas que se incoan por estos delitos).

Se estaría ante una continuidad delictiva por consistir los hechos en una pluralidad de acciones que, por atacar el mismo precepto penal y realizarse aprovechando una misma circunstancia u ocasión, so pena de conformidad con lo estipulado en el artículo 74 del CP.

- b) Cuando la prohibición acordada por resolución judicial consiste, además de la de aproximación, en la de prohibición de comunicación con la víctima, sea como medida cautelar, sea como pena accesoria, y el agresor la quebranta poniéndose en contacto con aquélla a través de repetidas llamadas telefónicas o sucesivos mensajes telefónicos (sms), o, incluso mensajes electrónicos (mails) al margen de su contenido, tales hechos constituyen un delito continuado de quebrantamiento de prohibición de comunicación (STS 126/2011 de 31 de enero).

c) Cuando la prohibición acordada por resolución judicial consiste en la de prohibición de aproximación y de comunicación con la víctima, sea como medida cautelar, sea como pena accesoria, y el agresor la quebranta acercándose a la víctima y poniéndose en contacto con ella, con sucesivos encuentros y llamadas al margen del lugar, ocasión o cualquier otra circunstancia. Esto es, cuando al incumplimiento de la medida de alejamiento se suma la de prohibición de comunicación con los requisitos del artículo 74 del CP (STAP de Navarra, 427/2005, de 21 de marzo).

Por ello, será necesario analizar la manifestación del delito de quebrantamiento, las circunstancias y contexto en que éste se ha producido: a través de reanudación de convivencia o de un simple acercamiento, o de múltiples encuentros o contactos entre agresor y víctima, para concluir si es o no un delito continuado de quebrantamiento de pena o medida cautelar.

VII.3. Problemática en relación con la aplicación del artículo 148-1 y 4 del Código Penal

La LO 1/04 modifica el art. 148 del Código Penal para incluir, como circunstancias que permiten la aplicación de este precepto, la alevosía junto al ensañamiento en el apartado 2º, en el párrafo 4º que la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia y, en el párrafo 5º que la víctima sea una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Establece el artículo 148: *"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. 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. Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.*
- 3. Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz.*
- 4. Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.*
- 5. Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor."*

La inclusión del párrafo 4º plantea problemas de aplicación del precepto cuando concurre esta circunstancia junto a la 1ª o 2ª.

Efectivamente, cuando se comete una agresión por quien sea o haya sido esposo o compañero sentimental de la víctima (4ª circunstancia) utilizando armas (1ª) o con ensañamiento o alevosía (2ª) y causando un resultado del art. 147-1 del CP, se ha suscitado el problema de si todas las circunstancias han de ser tenidas en cuenta como específicas del art. 148, con la consecuencia penológica de poder sancionar tal conducta con la pena que considere el juez adecuada dentro del parámetro marcado en dicho precepto (de 2 a 5 años de prisión) o, si una de esas circunstancias se ha de tener en cuenta para aplicar el subtipo agravado y el resto como circunstancias agravantes genéricas, de manera que ante una agresión con armas u objetos peligrosos a quien es o haya sido esposa o pareja del imputado, sería de aplicación el art. 148-1 del CP con la agravante genérica de parentesco del art. 23 y la pena a aplicar sería la prevista para el subtipo agravado en su mitad superior de conformidad con el art. 66-1-3º del CP (de 3 años, 6 meses y 1 día a 5 años de prisión).

La primera postura fue mantenida por las Magistrados de las Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en materia de violencia de género, en sus conclusiones de 2005, estableciendo en la Conclusión 16 que *"el hecho de que concurren dos agravaciones del art. 148 no tiene efecto agravatorio alguno. Se podría aplicar el art. 66-1-3º del CP, pero no tiene efecto directo punitivo"*.

Siguiendo esta posición, la lesión cometida con armas, ensañamiento o alevosía en la persona de la esposa o de la mujer unida al autor por una relación de afectividad análoga con convivencia, podrá ser castigada con pena de 2 a 5 años de prisión, pudiendo ser impuesta, pese a la concurrencia de 2 o más circunstancias la pena mínima de 2 años, pena susceptible

de suspensión de conformidad con el art. 80 y ss del CP, y muy inferior a la que correspondería imponer a la mujer por la misma agresión cometida sobre el esposo o compañero sentimental, toda vez que en estos casos sería de aplicación el subtipo agravado del párrafo 1º o 2º del art. 148 del CP, pero no la circunstancia 4a, dado que no es la mujer la víctima, por lo que, al devenir aplicable la agravante de parentesco del art. 23 del CP, la pena a imponer a la mujer nunca sería inferior a 3 años, 6 meses y 1 día de prisión, no susceptible de suspensión.

La segunda postura parte de que en la interpretación de los nuevos preceptos no se puede desconocer la voluntad del legislador que se manifiesta claramente en la Exposición de Motivos cuando dice que "en su título IV la Ley introduce normas de naturaleza penal, mediante las que se pretende incluir, dentro de los tipos agravados de lesiones, un específico que incremente la sanción penal cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia". Por ello, se defiende que el legislador ha querido (si bien con una defectuosa técnica) agravar con el nuevo párrafo 4º la pena para aquellos casos en los que la mujer resulta con lesiones graves por la acción de quien es o ha sido su esposo o compañero cuando no concurre ninguna de las demás circunstancias previstas en ese mismo artículo; si tal agresión se comete con armas, ensañamiento o alevosía, el hecho deberá ser sancionado de conformidad con el párrafo 1º o 2º del art. 148 del CP, pero no procedería aplicar la 4a circunstancia, pues ya no es necesaria para construir el subtipo agravado, por lo que procedería aplicar la circunstancia agravante de parentesco.

El Tribunal Supremo se ha decantado por la segunda postura manteniendo que "la circunstancia 4ª, que ya no es necesaria para alumbrar el subtipo, ha de actuar como genérica, si queremos que las previsiones punitivas del legislador alcancen los objetivos pretendidos por éste, incorporando al hecho todo el desvalor de aquellos aspectos que normativamente han merecido un concreto reproche desvalorativo con su traducción en la pena" y que "si las circunstancias cualificativas ...de los distintos subtipos agravados no tuvieran su correspondencia en las circunstancias modificativas genéricas, resultarían consumidas en el subtipo mismo sin posibilidad de influir de forma reglada sobre la pena, ...Pero cuando tienen su equivalencia en el catálogo de circunstancias modificativas genéricas, debe acudir a las mismas, pues ante la posibilidad formal de actuar como subtipos o como circunstancias modificativas, configurado ya el subtipo con otra cualificación, el art. 8-4º CP impone la necesidad de contemplar toda la energía o virtualidad punitiva que el legislador estableció." (Sentencia 103/2007 de 16 de febrero) pues, la postura contraria, "...supondría una modificación legislativa favorable para los maridos, y asimilados, frente a la situación anterior. Interpretación contraria a los objetivos de una ley titulada como de "Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género" (la Sentencia 113/2008 de 31 de enero)

Por último, la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo 728/2010 de 22 de julio, en un supuesto de concurrencia de la 1ª circunstancia (utilización de armas) y de la 2ª (alevosía) y partiendo de que "el art. 148 CP no tipifica un solo subtipo agravado del delito básico de lesiones del art. 147, sino varios subtipos agravados, cada uno con individualidad propia por los diferentes elementos típicos que cada uno requiere y que les diferencia de los demás" dice que "... no podemos aceptar la aplicación del art. 67 CP que propugna el recurrido, porque, según lo que hemos expresado, el subtipo agravado del art. 148.1º no requiere para la tipicidad del hecho que éste se ejecute con alevosía, ni ésta es inherente a este concreto subtipo delictivo que, repite, es autónomo del resto de los contemplados en el precepto".

Así, concluye el Alto tribunal que "...resulta obligada su valoración de acuerdo con el art. 66.3º CP, sin que ello suponga violentar el principio "non bis in idem" que es lo que proscribiera el art. 67, debiendo entenderse, a fin de no dar a este precepto una extensión desmesurada, que tal inferencia o imposibilidad de comisión del hecho delictivo sin el hecho de la agravante, se ha de medir en abstracto y no en concreto, es decir, teniendo en cuenta la estructura del tipo del delito [en este caso el subtipo concreto aplicado] y si éste puede o no cometerse sin la concurrencia de la circunstancia agravante ..." (STS de 17 de marzo de 1992)."

En conclusión, la jurisprudencia ha acogido reiteradamente la segunda posición por resultar más conforme con la finalidad perseguida por el legislador con la modificación operada por la LO1/2004, de manera que en el caso de concurrir la circunstancia primera del art. 148 —utilización de armas u objetos peligrosos— con la 2ª —alevosía o ensañamiento— o la 4ª (ser o

haber sido la víctima del delito esposa o pareja con convivencia del autor), procederá la aplicación del art. 148.1 (subtipo agravado) con las agravantes de alevosía (22-1 del CP), ensañamiento (22.5 del CP) o parentesco (23 del CP).

VII.4. El delito de violencia habitual. Principio *non bis in idem*

El delito de violencia habitual, que fue introducido por la LO 3/89 en el CP de 1973, como se apunta en la introducción de esta Circular, y que fue posteriormente modificado por LO 10/1995, LO 14/1999 y LO 11/2003, ha sido objeto de estudio en la Circular 4/2003, de 30 de diciembre, "sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica" en la que se desarrolla el concepto de habitualidad, sus requisitos y alcance. En ella se señalaba que la noción de habitualidad ha sido perfilada por la jurisprudencia, sustentándose este concepto "en la prueba de la creación de un *clima de temor* en las relaciones familiares, más que en la constatación de un determinado número de actos violentos" (SSTS 927/2000, de 24 de junio, 1208/2000, de 7 de julio y 1366/2000, de 7 de septiembre). Tal posición se ha mantenido con posterioridad por el TS y así, la Sentencia 474/10 de 15 de mayo dice *"que lo relevante para apreciar la habitualidad es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente"* (en el mismo sentido STS 33/2010 de 3 de febrero).

Se configura de este modo el delito de violencia habitual como un delito con sustantividad propia, autónomo y distinto del que constituye cada uno de los actos violentos, *"y sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado aquellos actos de violencia física o psíquica"* (art. 173.2 in fine del CP), con independencia de que estos *"hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores"* (art. 173.3) de manera que *"los concretos actos de violencia sólo tiene el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello se sancionan separadamente, no impidiendo la sanción adicional de la conducta de violencia doméstica como delito autónomo, con sustantividad propia. El bien jurídico protegido, como se ha dicho, no es propiamente la integridad física de los agredidos. Si lo fuese no podrían sancionarse doblemente las agresiones individualizadas y, además, la violencia habitual integrada por las mismas, sin vulnerar el principio non bis in idem. El bien jurídico protegido es la pacífica convivencia familiar, por lo que no se trata propiamente de un delito contra las personas sino contra la relaciones familiares, pese a su ubicación sistemática (STS 20/2001, de 22 de enero)"* (SSTS 474/2010 antes citada y 678/2010 de 13 de julio).

En este sentido, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 77/2010 de 19 de octubre, tras recordar la doctrina desarrollada por el mismo acerca del principio non bis in idem, basado en la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, se pregunta si la violencia habitual conforma una realidad independiente y distinta de los diferentes hechos en que la habitualidad se funda. Para tener por acreditada la habitualidad no basta la realización de una pluralidad de actos de violencia *"sino que es preciso que estos se hallen vinculados por una relación de proximidad temporal... de manera que se pueda declarar probada una situación de continuidad o permanencia en el trato violento en el entorno familiar, siendo por lo demás irrelevante si es una sola o varias las víctimas del mismo"*. Lo que pretende sancionar el tipo penal *"no es la mera acumulación o sucesión de actos violentos sino... la existencia de una clima de sometimiento y humillación hacia los integrantes del entorno familiar"*. Por tanto, el delito de violencia habitual no es equiparable a la mera suma de actos violentos sino que *"estamos ante un aliud en el que lo relevante no es, por sí solo, la realización de los actos violentos sino la unidad que quepa predicar de ellos a partir de su conexión temporal y sus consecuencias para la relación familiar"*. Concluye por ello que entre el supuesto de hecho del delito de violencia habitual y la suma de delitos *"no hay una exacta identidad"*, por lo que no cabe apreciar quebranto de principio non bis in idem.

Por lo expuesto, el art. 173.2 del CP al disponer que la condena por el delito de violencia habitual procede *"sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos y faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica"*, no vulnera el principio *non bis in idem*

Ahora bien, pese a que en la sentencia referida del TC nada se resuelve en relación al párrafo 3º del art. 173.2 del CP, por no haberse dado a las partes el preceptivo trámite de audiencia

previa del art. 35 de la LOTC en relación a este punto, a la misma conclusión ha de llegarse en relación a la vulneración de dicho principio por el párrafo 3º del art. 173 del CP.

Respecto a este extremo, la STS 474/2010 ya citada dice que *"la STS 14-5-2004, n° 645/2004 reiteró que "no cabe hablar de ninguna vulneración del principio non bis in idem, por la posible duplicidad de sanciones por unos mismos hechos, por la sencilla razón de que el propio precepto legal, cuya infracción se denuncia, prevé expresamente que la sanción correspondiente a la conducta descrita en el mismo 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"...y "con independencia de que (...) los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores"...Existen dos bienes jurídicos claramente diferenciados (la paz familiar y la integridad moral de la persona, de un lado, y la integridad física y psíquica de la persona, por otro). Los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor, no existe, por tanto, infracción del principio "non bis in idem" (v. STS de 9 de julio de 2001)".*

Efectivamente, si el bien jurídico protegido por el tipo penal es la integridad moral y la pacífica convivencia familiar, y lo que se sanciona en el mismo *"no es la mera acumulación o sucesión de actos violentos sino... la existencia de un clima de sometimiento y humillación hacia los integrantes del entorno familiar"*, nada impide a que tal clima se haya producido por la reiteración de actos que hayan sido objeto de enjuiciamiento previo, si entre ellos se advierte esa proximidad temporal, continuidad o permanencia que caracteriza al delito de violencia habitual.

VII.5. La nueva regulación de la pena de privación de la patria potestad y de la inhabilitación para su ejercicio

Con anterioridad a la LO 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, sólo existía la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad y no la pena de privación de ese derecho-deber. Además, aquella sólo existía como pena principal y no como accesoria, por lo que su imposición quedaba limitada a aquellos delitos en los que expresamente estuviera prevista dicha pena.

Ello determinó que en relación a los delitos de violencia de género y doméstica se plantearan problemas importantes.

La problemática afectaba a dos vertientes:

a) La imposibilidad de privar de la patria potestad al condenado, pues no existía tal pena en el Código Penal (principio de legalidad) y es inaplicable, en el procedimiento penal, el art. 170 del CC que dispone que *"el padre o la madre podrán ser privados, total o parcialmente, de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimoniar."*

Al no existir la pena de privación de la patria potestad se planteó la posibilidad de aplicar en el procedimiento penal la privación de la patria potestad por incumplimiento de las obligaciones inherentes a la misma de conformidad con el artículo transcrito. Tal posición fue rechazada por el Tribunal Supremo por el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª de 26 de mayo de 2000 que determinó que no es oportuno que se resuelva en la vía penal sobre la privación de la potestad en los casos en que el Código penal no prevea expresamente dicha posibilidad. Por su parte, la sentencia de la Sala 2ª, 780/2000 de 11 de septiembre, reiterando lo dicho en aquel Acuerdo, añade que existen *"mecanismos sustantivos y procesales civiles precisos para una inmediata y automática protección del menor desamparado, sin necesidad de que la jurisdicción penal asuma lo que a la Jurisdicción Civil corresponde mediante la aplicación de las correspondientes normas civiles a través de los cauces procesales específicamente creados para ello"*. En el mismo sentido STS de 2.10.2000 y de 13 de julio de 2006, entre otras.

b) La imposibilidad de aplicar la única pena existente, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, en la mayoría de los delitos graves, dado que la misma no estaba prevista en la norma que los sanciona.

En relación a dicha imposibilidad, la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo 1083/2010 de 15 de diciembre recordaba que *"las exigencias insoslayables del principio de legalidad penal, sólo permiten acordar esta medida en aquellos casos en que las características del delito enjuiciado hayan llevado al legislador a establecer como accesoria la privación de la patria potestad, sin que se pueda extender por analogía a otros supuestos diferentes"* (En el mismo sentido Sentencia 815/2006).

En consecuencia, al margen de aquellos delitos en los que se preveía expresamente la imposición imperativa o discrecional de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad (delitos de los arts. 149-2, 153, 171-4 y 5, 173-2, 192—en relación a los delitos regulados en el Título VIII del Libro II del CP—, 220-4, 225 bis, 226, 229 a 232, del CP), no era posible en el procedimiento penal imponer limitación alguna al ejercicio de ese derecho-deber aun cuando el progenitor condenado lo fuera por actos tan graves como el homicidio o asesinato del otro progenitor o de alguno de sus hijos. En estos casos de extrema gravedad en los que la privación de la patria potestad o la inhabilitación para su ejercicio resultaban a todas luces necesarias y apropiadas para la adecuada protección de los menores afectados, y en base al superior interés de aquellos, se obligaba a acudir a los interesados (madre sobreviviente, abuelos o tíos encargados de la custodia de los menores) al procedimiento civil para que aquella privación se hiciera efectiva o bien, a instancia de los Sres. Fiscales que han *"promover en vía civil las medidas encada caso procedentes para salvaguardar el superior interés del menor"*, como recuerda la Circular 4/2003.

La LO 5/2010 de 22 de junio, ha incluido la pena de privación de la patria potestad y ha dado una nueva redacción y contenido a la pena de inhabilitación para su ejercicio.

Tal modificación ha afectado a los arts. 39, 46, 55 y 56.

En el primero de ellos se incorpora en el catálogo de penas graves (art. 39-1J) la, inexistente hasta entonces, pena de privación de la patria potestad.

El art. 46 regula, en la actual redacción, el contenido de las penas de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento y de la pena de privación de la patria potestad.

Así, dispone que *"La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado. El juez o Tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o incapaces que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso. A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas."*

La regulación de estas penas como accesorias se completa en los arts. 55 y 56 del CP en los que se establecen las condiciones para su imposición.

El art. 55 dispone que *"La pena de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que ésta ya estuviere prevista como pena principal para el supuesto de que se trate. El Juez podrá además disponer la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en la sentencia."*

Por su parte la regla 3ª del párrafo 1º del art. 56 también ha sido objeto de modificación:

"1. En las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes:

[...]

3.ª Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código."

En cuanto al contenido, la diferencia entre la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad y la privación de la misma estriba, de conformidad con el art. 46 transcrito, en que con la inhabilitación se priva al condenado de los derechos inherentes a la patria potestad, y la privación supone la pérdida de la titularidad. En ambos casos subsisten los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado, aun cuando tal salvedad sólo aparezca en el texto legal en relación a la pena de privación de la patria potestad, y ello porque, además de afectar la inhabilitación sólo a los derechos inherentes a la patria potestad que corresponden al penado, y por tanto no a sus obligaciones o deberes, el art. 110 del CC dispone que *"El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por sus hijos menores y a prestarles alimentos"* y el art. 111 expresamente dice que en los casos de exclusión de la patria potestad *"quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por lo hijos y prestarles alimentos"*.

El artículo 46.1 del CP añade que *"El juez o Tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o incapaces que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso"* precepto introducido por la LO 15/03 de 25 de noviembre por la que se modificó el CP de 1995 y que *"permite extender sus efectos a los demás menores que estén a cargo del penado, a todos o solo algunos, en atención a las circunstancias del caso."* (Circular de la FGE 4/2003).

Por último, en este precepto se dispone que *"A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas."*

Con esta precisión se aclara que en las penas de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad y de privación de la mismas queda incluida la patria potestad cualquiera que sea la legislación por la que se regule (Código Civil o legislaciones autonómicas) y además se incluye expresamente la patria potestad prorrogada, por lo que la pena de privación de la patria potestad y la de inhabilitación para el ejercicio de aquella, superando las deficiencias de la anterior regulación, puede afectar también a los hijos mayores de edad sometidos a esta patria potestad.

El legislador exige como condición para la imposición de estas penas, la existencia de una vinculación entre el delito y los derechos afectados y así, tanto el art. 55 como el 56-1.3a del CP prevén la posibilidad de imponer estas penas *"si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación"*.

La cuestión es determinar cuándo concurren elementos o circunstancias que hagan aconsejable la solicitud y en su caso la imposición de la pena de privación de la patria potestad o inhabilitación, tanto como pena principal cuando es discrecional (arts. 153, 171-4 y 5, 173-2 del CP) como en los casos de pena accesoria que en la nueva redacción también se regula con ese carácter optativo (arts. 46, 55 y 56 del CP)

La Circular 4/2003 razona sobre la posibilidad de solicitar esta pena diciendo que *"lo decisivo será si existen elementos que lleven a un convencimiento racional de que respecto de los hijos con los que el delito no guarda relación directa el condenado no está en condiciones de desempeñar correctamente las facultades inherentes a la patria potestad, atendiendo como criterio fundamental el del superior interés del menor."*

De igual manera se manifiesta la STS 1383/2010 de 15 de diciembre, que además añade que *"en consecuencia, es la protección del bien superior del menor la finalidad que debe prevalecer para determinar la aplicación de esta pena. Por esa razón es necesario exigir una prueba —pericial o de otro tipo— a través de la cual constatar que la privación de la patria potestad va a*

ser beneficiosa para el menor; en consecuencia, de no existir prueba o de ser ésta demostrativa de que la privación al padre de la patria potestad no va a beneficiar al menor, no puede aplicarse legalmente esta pena."

Por su parte, la sentencia del Alto Tribunal 126/2011 de 31 de enero, en relación a la posible imposición de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad prevista en el art. 173.2 del Código Penal para el delito de maltrato familiar habitual *"cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor"*, dice que este condicionante *"evidencia su aplicabilidad no solo en los casos en que el habitual maltrato recae directamente sobre el menor, supuesto en que no tendría sentido el condicionante por ser evidente la afectación del interés del menor, sino también cuando recae el maltrato sobre otras personas, como la madre en este caso, en cuanto podría tal conducta afectar negativamente sobre los hijos sometidos a la patria potestad de ambos."*

En conclusión, la gravedad del hecho y el superior interés del menor serán los parámetros a los que haya que atender para la solicitud de la imposición de las penas de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad o su privación como penas accesorias, o principales cuando su previsión es facultativa.

En aquellos supuestos más graves en los que el progenitor ha atentado contra la vida del otro, el sentido común lleva a considerar adecuada al interés del menor y a su protección la petición de tales penas pues, con tal actuar, se les ha privado o se les ha podido privar, en el caso de intentos fallidos, de uno de sus progenitores, de su formación, asistencia, cariño y cuidado, en definitiva, de uno de los referentes fundamentales para el desarrollo de su personalidad, lo que les producirá, sin duda, enormes perjuicios en todas las esferas.

VIII. CUESTIONES SUSTANTIVAS CIVILES: CUSTODIA COMPARTIDA Y VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

La Constitución Española en el artículo 39 recoge el principio rector de política social y económica por el cual los poderes públicos vienen obligados adoptar las medidas necesarias para asegurar la "protección social, económica y jurídica de la familia" y en el párrafo 3º dispone que *"Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda"*.

La Convención sobre los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, obliga a los Estados a respetar el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular, salvo que fuera contrario al interés superior del niño. Así, en concreto en el artículo 3 párrafo 1º dispone que *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"*.

El artículo 9.1 establece que: *Los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la Ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño."*

Y para el caso de que el niño o niña sea separado de uno de sus padres, la Convención establece (art. 9.3) que *"Los Estados partes respetarán el derecho del niño que este separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño"*.

Como dice la Instrucción 1/2006 "Sobre guardia y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores": *"La concepción tradicional dominante mantenía que si los progenitores vivían separados, la guarda y custodia necesariamente debía residenciarse en el padre o en la madre o en tercera persona, pero nunca compartida. En los últimos años la posibilidad de*

establecer sistemas de guarda compartida se había ido abriendo camino en nuestra jurisprudencia menor, si bien con reticencias y dificultades, motivadas en parte por la falta de previsión expresa. Ahora este régimen de ejercicio de las funciones parentales adquiere rango legal al introducirse en el Código Civil tras la entrada en vigor de la reforma operada por Ley 15/2005, de 8 de julio".

En dicha reforma se recogió la institución de la guardia y custodia compartida como una herramienta para garantizar el superior interés del niño, si bien supeditando la posibilidad de su adopción a la existencia de acuerdo entre los progenitores y excepcionalmente, a instancia de uno de los progenitores, con el informe favorable del Ministerio Fiscal, y prohibiendo tal posibilidad si uno de los progenitores está incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o, cuando de las alegaciones de las partes o de las pruebas practicadas se adviertan indicios de violencia doméstica.

Siguiendo la evolución constatada en la Instrucción más arriba referida, algunas Comunidades Autónomas han incorporado en su legislación civil de familia la guardia y custodia compartida, en algunos casos como preferente, salvo que el interés superior del menor haga más conveniente la adjudicación individual a uno de los progenitores.

a) El art. 92.7 del Código Civil, establece que *"No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica".*

b) La Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, en el art. 6-6 dispone que *"No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género".*

c) La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, en el art. 233-11 apartado 3 dispone que *"en interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios, fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas".*

d) La Ley Foral de Navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres establece en el artículo 3.8 que *"No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los padres, ni individual ni compartida, cuando se den estos dos requisitos conjuntamente:*

a. Esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas.

b. Se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.

Tampoco procederá la atribución cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género.

Las medidas adoptadas en estos dos supuestos serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal.

La denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos."

e) Por último, la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que opta por el término "convivencia" para designar la guarda y custodia, establece en el art. 5-6 *que "Excepcionalmente tampoco procederá la atribución de un régimen de convivencia a uno de los progenitores cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, siempre y cuando, a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer nesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, como consecuencia de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Cuando se dicte resolución judicial que ponga fin al procedimiento, con efectos absolutorios, encualquiera de los procedimientos reseñados en el párrafo anterior, se podrá revisar, de oficio o a instancia de parte, la ordenación de las relaciones familiares."*

Tanto en el Código Civil como en las leyes autonómicas, se establece una prohibición expresa de atribución de la guarda y custodia en dos supuestos distintos:

a) Que uno de los progenitores se halle incurso en un procedimiento penal por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos.

Aunque el CC haga referencia sólo a la custodia compartida, tampoco procederá otorgar la guarda y custodia individual al progenitor encausado. Tal conclusión se refleja en la legislación autonómica posterior y así es recogida expresamente la prohibición de la atribución de la custodia en cualquier forma, cuando concurren aquellos presupuestos, en las legislaciones de Aragón y Navarra, haciéndose eco de la que ya era evidente en la aplicación de la normativa estatal. En Valencia se prohíbe la atribución de la custodia (*régimen de convivencia*) individual al progenitor que se halle incurso en esos procedimientos *"lo que significa que, obviamente, tampoco cabrá la convivencia compartida"* como dice la Nota de Servicio 1/11 de la Fiscalía de la Comunidad de Valencia. En Cataluña, por su parte, se prohíbe la atribución de la guarda al progenitor condenado por sentencia firme o cuando existan indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género, lo que implica igualmente la prohibición de atribución de la custodia en cualquiera de sus modalidades.

Ahora bien, tal prohibición ha de ser interpretada a la luz del principio inspirador de esta reforma que es la salvaguardia del superior interés del menor. Por ello, en ese procedimiento han de haber sido objetivados indicios de criminalidad, por lo que la simple denuncia no será suficiente para vetar tal posibilidad. Esta precisión es recogida expresamente en las Leyes autonómicas de Valencia, Navarra y Aragón, en las que se establece la necesidad de contar con una resolución judicial motivada *"en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad"* y en Cataluña, se exige sentencia firme o *"indicios, fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas"*

En aquellos supuestos en los que no se acuerde la atribución de la custodia (individual o compartida) al progenitor que se halle incurso en un procedimiento penal por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos, precisamente en base a la existencia de ese procedimiento, podría ser revisable la resolución civil cuando en el procedimiento penal se dicte sentencia absolutoria, o se acuerde el sobreseimiento libre de conformidad con al art. 637-1º y 2 del CP, o el provisional, por no resultar debidamente justificada la perpetración del

delito, o no haya motivos suficientes para acusar a ese progenitor (641-1 y 2). La posibilidad de revisar esas resoluciones civiles, se regula expresamente en la Ley de Valencia y de Navarra.

b) Que el Juez advierta, en el procedimiento civil donde se debate el régimen de custodia, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia de género o doméstica.

Cuando el art. 92.7 del CC y las leyes autonómicas prohíben la atribución de la custodia cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género, se está haciendo referencia al juez de 1ª Instancia que durante la tramitación del procedimiento de separación, nulidad o divorcio o de relaciones paterno-filiales advierta la existencia de tales indicios.

Aunque el CC se refiera a la violencia doméstica y no a la de género, ello no es obstáculo para entender que tal alusión abarca todas las formas de violencia intrafamiliar entre las que se encuentra, si bien caracterizada por notas bien distintas, la violencia sobre la mujer en el ámbito de la pareja, pues aquellos indicios no pueden ser otros que los que hubieran podido determinar la incoación de los procedimientos a que se refiere el inciso primero del art. 92.7, es decir, de delitos cometidos contra el otro cónyuge o los hijos.

La advertencia de tales indicios se puede producir porque llegue al juez el conocimiento de la existencia de un procedimiento penal por delito de violencia sobre la mujer o doméstica en el que se haya dictado alguna resolución fundada en indicios racionales de criminalidad (por ejemplo a través de la aportación de un testimonio de aquella resolución) o bien porque de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas en el procedimiento civil se evidencien tales indicios y no exista procedimiento penal incoado al respecto.

En el primer caso, cuando se evidencia la existencia de un procedimiento penal, la actuación del Juez civil será diferente según se trate de un supuesto de violencia de género o doméstica.

Si se evidencia la existencia de un procedimiento penal por actos de violencia de género, de conformidad con el art. 49 bis 1 de la LEC, el juez de 1ª Instancia, deberá inhibirse a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer que esté tramitando el procedimiento penal, salvo que en el procedimiento civil, se haya llegado a la fase del juicio oral de conformidad con la interpretación tratada en el apartado II.2.B de esta Circular. Tanto en uno como en otro procedimiento, no procederá otorgar la custodia al progenitor imputado.

Sin embargo, si lo que se evidencia en el procedimiento civil es la existencia de un procedimiento penal por violencia doméstica, el Juez de 1ª Instancia deberá seguir la tramitación de su procedimiento y, al igual que en el caso anterior, si en el procedimiento penal se ha dictado una resolución fundamentada en indicios de criminalidad no podrá otorgar la custodia al progenitor imputado.

En el segundo de los supuestos, esto es, que el Juez advirtiera la existencia de esos indicios de violencia de género y no se hubiera incoado procedimiento penal, el Juez de 1ª Instancia, deberá convocar a la partes con el Ministerio Fiscal a la comparecencia prevista en el art. 49 bis 2 de la LEC, y deberá seguir tramitando el procedimiento civil, hasta que, en el caso de que el Fiscal interponga denuncia por esos hechos o solicite orden de protección, sea requerido de inhibición por el Juez de Violencia, lo que no sucederá si en el procedimiento civil se ha llegado a la fase de juicio oral.

Si la evidencia es de indicios de delito de violencia doméstica y no se hubiera incoado procedimiento penal, el juez civil seguirá tramitando el procedimiento, sin perjuicio de deducir testimonio bastante, y remitirlo al juzgado de Instrucción que corresponda para la incoación del procedimiento penal oportuno.

En todos estos casos, no procederá la atribución de la custodia ni compartida ni individual al progenitor respecto de quien se adviertan esos indicios de criminalidad.

IX. CONCLUSIONES

Primera. Los Sres. Fiscales que estén conociendo de un procedimiento incoado por delito de quebrantamiento de medida cautelar de prohibición de aproximación o de comunicación acordada en virtud del art. 544 bis o 544 ter de la LECr deberán interesar que se remita testimonio bastante de lo actuado al órgano judicial que esté tramitando el procedimiento en el que se acordó aquélla a los efectos de convocar y celebrar la comparecencia del art. 505 de la LECr de conformidad con el art. 544 bis último párrafo del mismo texto legal.

Si el quebrantamiento lo fuera de la pena de prohibición de aproximación el testimonio deberá ser remitido al Juzgado de lo Penal que esté ejecutando la pena incumplida, a los efectos que procedan.

Segunda. No serán competentes los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para la instrucción, y en su caso fallo, de los procedimientos incoados por delitos contra los derechos y deberes familiares, salvo que concurra también un acto de violencia de género.

Tercera. Las relaciones de noviazgo están incluidas dentro del ámbito competencia de la LO 1/04 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género Por tales se entienden las que trascienden de los meros lazos de amistad, afecto y confianza. No se incluyen las relaciones ocasionales o esporádicas.

Cuarta. La víctima menor de edad está incluida en el ámbito de protección de la LO, siempre y cuando el vínculo afectivo participe de las características señaladas en el apartado anterior.

Quinta. El hecho de que imputado y/o víctima mantengan más de una relación afectiva estable no excluye la aplicación de la LO 1/04.

Sexta. Las mujeres transexuales están incluidas en la tutela penal y asistencial de la LO 1/04 en los términos establecidos en esta Circular.

Séptima. Se mantienen plenamente vigente la Circular 4/05 "Relativa a los criterios de aplicación de la LO de medidas de protección integral contra la violencia de género" en relación a la interpretación del concepto de domicilio de la víctima a que se refiere el art. 15 bis de la LECr que han sido consolidados jurisprudencialmente.

Octava. En relación a las excepciones al fuero del domicilio de la víctima los Sres. Fiscales atenderán a los siguientes criterios:

a) Si la orden de protección se solicita en el partido judicial del domicilio de la víctima pero fuera de las horas de audiencia o del servicio de guardia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, allí donde este exista, la competencia para celebrar la comparecencia y resolver la solicitud será del Juzgado de Instrucción en funciones de guardia.

b) Si la orden de protección se solicita en un partido judicial diferente al del domicilio de la víctima, hay que diferenciar dos supuestos:

i. que en ese partido judicial exista Juzgado de Violencia sobre la Mujer en funciones de guardia. Si la solicitud entra en el juzgado en el horario de prestación de tal servicio, la competencia para la tramitación de la orden de protección será del Juzgado especializado. Si por el contrario entra fuera del horario de la guardia del Juzgado de Violencia, el competente es el Juzgado de Instrucción de guardia

ii. si no existe Juzgado de Violencia sobre la Mujer en funciones de guardia, en todo caso, será competente el Juzgado de Instrucción que esté prestando dicho servicio.

Novena. En los supuestos de conexidad subjetiva del art. 17.1 y 2 de la LECr, con independencia de la participación de cada uno de los intervinientes, el procedimiento penal en su conjunto y en relación a todos los partícipes es competencia el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

En los supuestos de agresiones mutuas entre hombre y mujer que son o han sido pareja, será competente para la instrucción y, en su caso, fallo el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

En tales supuestos, la calificación inicial de los hechos, cuando el resultado lesivo sea de primera asistencia facultativa o no se haya producido menoscabo físico o psíquico, será del art. 153.1 en relación al imputado y, del 153.2 del CP en relación a la imputada.

Décima. En el orden civil, además de los procedimientos incluidos en el párrafo 2º del art. 87 ter de la LOPJ, también son competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer:

- a) El procedimiento de liquidación del régimen matrimonial que se solicite tras la resolución por la que se declare nulo o disuelto el matrimonio o la separación de los cónyuges dictada por el propio Juzgado de Violencia sobre la Mujer (art. 807 de la LEC) y para la formación de inventario que se inste durante la tramitación de aquellos procedimientos o tras su resolución (art. 808 de la LEC).
- b) Los procedimientos de ejecución de sentencias y resoluciones por ellos dictadas.
- c) El procedimiento de justicia gratuita en relación al procedimiento que dicho juzgado tramita.
- d) El procedimiento para la reclamación derechos y gastos que hubiere suplido, en un asunto tramitado en ese juzgado, el procurador, o de honorarios de abogados.

Undécima. La frase "que se haya iniciado la fase del juicio oral" a que se refiere el art. 49 bis 1 de la LEC, de conformidad con lo establecido en la Circular 4/05, posición consolidada por la jurisprudencia, se ha de entender referida al inicio de la vista en el procedimiento civil.

A tales efectos se ha de entender que la vista en los procedimientos de medidas provisionales (previas o coetáneas) y cautelares coincide con el inicio de la comparecencia del art. 771 de la LEC.

En el procedimiento principal contencioso el inicio de la fase del juicio oral se produce con la providencia de señalamiento.

En el procedimiento de mutuo acuerdo se entenderá iniciada la fase del juicio oral, el día de la ratificación de las partes.

Duodécima. Las relaciones de noviazgo no están incluidas en los supuestos del art. 416 de la LECr.

Tampoco lo están las relaciones conyugales extinguidas por divorcio ni las relaciones de pareja de hecho cuando, en el momento de declarar, ya se ha producido la ruptura de la convivencia por voluntad propia.

Decimotercera. Para poderse acoger a la dispensa del art. 416 de la LECr, el vínculo familiar o de afectividad que una al imputado y víctima-testigo ha de concurrir en el momento en que es llamada a prestar declaración.

Decimocuarta. La víctima-testigo deberá ser informada, expresa y claramente, de la dispensa de la obligación de declarar, cuando proceda, en todas y cada una de las fases procesales y siempre que sea llamada a declarar en la sede judicial (art. 416 y 707 de la LECr).

No obstante, si la víctima acude de forma espontánea a denunciar, no será necesario advertir del contenido del art. 261 de la LECr.

En los supuestos en los que la víctima-testigo no haya sido informada, cuando proceda, de la dispensa del art. 416 de la LECr en la fase de instrucción, y en el plenario se acoja a tal dispensa, aquella primera declaración carece de efectos, no siendo posible introducirla en el acto del Juicio Oral a través del art. 730 ni 714 de la LECr.

En el supuesto de que informada adecuadamente de la dispensa en la fase de instrucción declare voluntariamente y, posteriormente, en la fase del plenario rectifique aquella primera declaración que fue prestada con todas las garantías, podrán someterse a contradicción ambas de conformidad con el art. 714 de la LECr a fin de que el Tribunal pueda ponderar la credibilidad que le merece cada una de ellas.

Decimoquinta. La Delegación de Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer de conformidad con el art. 29.2 de la LO 1/2004 y las Administraciones Autonómicas, de conformidad con sus legislaciones específicas, podrán personarse en el procedimiento penal como acusación popular.

No será exigible la presentación de querrela de la Delegación de Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer ni de las Administraciones Autonómicas para admitir su personación cuando ya se haya iniciado el procedimiento penal.

En ningún caso les es exigible la prestación de fianza a que se refiere el art. 280 de la LECr de conformidad con el art. 12 de la Ley 52/1997 de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica del Estado.

Decimosexta. En relación al informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección (art. 23, 26 y 27.3 de la LO 1/04) continua vigente la Instrucción 2/2005 "sobre la acreditación por el Ministerio Fiscal de las situaciones de violencia de género" añadiendo que de cuantos certificados se emitan se deberá informar regularmente a la/el Fiscal de Sala, así como de aquellas solicitudes que, por no concurrir los presupuestos requeridos para la emisión del informe, hayan sido denegadas.

En los supuestos de mujeres extranjeras irregulares o reagrupadas víctimas de violencia de género (arts. 19 y 31 bis de la L Extranjería) y en los supuestos de solicitud de certificación del Fiscal de indicios de violencia de género en el momento del divorcio o separación de la mujer viuda a efectos de acceder a la pensión de viudedad de conformidad con el art. 174.2 de la Ley de Seguridad Social, la acreditación por el Fiscal de la existencia de indicios de dicha violencia, podrá ser emitida aun cuando no se haya interesado orden de protección y sin necesidad de valorar la existencia de indicios objetivos de riesgo.

Así mismo, de cuantos certificados se emitan y de aquellas solicitudes que hayan sido denegadas, en los que se ha de seguir en todo caso el procedimiento para su emisión establecido en la Instrucción 2/2005, se deberá informar regularmente la/el Fiscal de Sala

Decimoséptima. En los supuestos en los que imputado/condenado no colabore de forma reiterada y contumaz con el adecuado funcionamiento del dispositivo electrónico de detección de proximidad o fracture el brazalete, podría incurrir en un delito de desobediencia del art. 556 del CP siempre y cuando haya sido requerido en forma de su obligación de respetar las normas de mantenimiento y funcionamiento y de colaborar en el cumplimiento de las mismas y haya sido apercebido que, de no hacerlo así, puede incurrir en el delito referido. Además en el caso de que fracture intencionadamente el brazalete, podría haber incurrido en un delito o falta de daños (art. 263 o 625 del CP)

Decimoctava. La pena de prohibición de aproximación en los supuestos de los delitos mencionados en el artículo 57.1 CP cometidos sobre las personas a que se refiere el artículo 57.2 del mismo cuerpo legal, tiene carácter imperativo, por lo que los Sres. Fiscales deberán solicitar siempre en tales supuestos la pena de alejamiento.

Decimonovena. La pena de prisión y las penas de prohibición de aproximación y/o comunicación, se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea, de conformidad con lo previsto en el art. 57.1 párrafo 2 del CP.

Vigésima. El consentimiento de la víctima en los supuestos de incumplimiento de la medida cautelar de aproximación o pena de idéntica naturaleza, es irrelevante a los efectos de incoación del procedimiento penal por delito de quebrantamiento del art. 468.2 CP, sin perjuicio de la valoración de los hechos en Instrucción.

En los casos en que el Fiscal tenga conocimiento en las Diligencias en que se acordó la medida cautelar, o en la ejecutoria, del incumplimiento de la medida o pena, interesará deducción de testimonio bastante y su remisión al juzgado competente, para la incoación del procedimiento penal que corresponda.

Vigésimoprimera. No existe continuidad delictiva en el delito de quebrantamiento de medida cautelar o pena de alejamiento, cuando decretada por resolución judicial la pena o medida, se reanuda la convivencia entre agresor y víctima.

En el supuesto de que esa convivencia cese durante algún tiempo para restablecerse de nuevo una o varias veces, existirán tantos delitos de quebrantamiento del art. 468.2 CP como veces se haya restablecido la convivencia.

Cuando se produce un único encuentro entre agresor y víctima que se prolonga en el tiempo sin interrupciones, existirá un solo delito de quebrantamiento del art. 468.2 CP.

Cuando se produzcan múltiples y sucesivos incumplimientos de la medida cautelar o pena de prohibición de aproximación o de comunicación y se den los presupuestos previstos en el art. 74.1 CP, existirá delito continuado de quebrantamiento.

Vigésimosegunda. En los supuestos de lesiones menos graves del art. 147.1 CP, en las que, en atención al resultado causado o riesgo producido, proceda aplicar el artículo 148 CP y concurren varias de las circunstancias previstas en el mismo, una de ellas se tendrá en cuenta para aplicar el subtipo agravado, y el resto funcionarán, en su caso, como circunstancias agravantes genéricas.

Vigésimotercera. La posibilidad de condenar además de por el delito de violencia habitual del artículo 173.2 CP, por los delitos o faltas en que se hubiesen concretado los actos de violencia física o psíquica, no supone un vulneración del principio "non bis in idem". Tampoco se produce cuando para acreditar la habitualidad se tengan en cuenta los hechos que hayan sido objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

Vigésimocuarta. Las penas de privación de la patria potestad o de inhabilitación para su ejercicio, cuando proceda, podrán solicitarse respecto de todos o alguno de los menores o incapaces que estén a cargo del penado y comprenderá tanto la patria potestad regulada en el Código Civil, como en las legislaciones autonómicas, incluyendo la patria potestad prorrogada.

La vinculación directa entre los derechos inherentes a la patria potestad con el delito cometido, cuya concurrencia exigen los artículos 55 y 56.1.3º del Código Penal, supone la existencia de elementos que lleven a un convencimiento racional de que, respecto de los hijos con que el delito no guarde relación directa, el condenado no está en condiciones de desempeñar aquellas facultades, por lo que los Sres. Fiscales deberán atender a la gravedad del hecho y al superior interés del menor como parámetros en los que fundar la solicitud de imposición de estas penas como accesorias, o principales cuando su previsión es facultativa.

Vigésimoquinta. La referencia del Código Civil y algunas leyes autonómicas a la prohibición de la atribución de la guarda y custodia compartida cuando uno de los progenitores se haya incurrido en un procedimiento penal de violencia de género o doméstica, o cuando de las alegaciones de las partes o de las pruebas practicadas en el procedimiento civil, el juez advierta de la existencia de indicios fundados de aquella violencia, se ha de entender referida también a la prohibición de atribución de la custodia individual a aquel progenitor.

Para vetar la adjudicación de la custodia (compartida o individual) por hallarse incurrido el progenitor en un procedimiento penal por violencia de género o doméstica, no será suficiente la simple denuncia, debiendo haber sido objetivados indicios fundados y racionales de criminalidad en ese procedimiento.

Si el procedimiento penal finaliza por sentencia absolutoria, sobreseimiento libre (arts. 637.1 y 2 LECr) o sobreseimiento provisional (art. 641.1 y 2 LECr), será posible revisar la resolución civil que haya vetado la atribución de la custodia a ese progenitor por razón del procedimiento penal.

Si en el procedimiento civil se advierten indicios de violencia de género, los Sres. Fiscales velarán porque se convoque y celebre la comparecencia prevista en el artículo 49 bis 2) LEC, salvo que tales indicios lleguen a través de la aportación de un testimonio de una resolución dictada en un procedimiento penal, en cuyo caso se procederá de conformidad con lo establecido en el art. 49 bis-1 de la LEC.

Si en el procedimiento civil se advierten indicios de violencia doméstica que no hayan motivado la incoación de un procedimiento penal, los Sres. Fiscales velarán porque se deduzca testimonio bastante de las actuaciones y se remita al Juzgado de Instrucción que corresponda para la incoación del procedimiento penal oportuno.

Por lo expuesto, las/los Sras. y Sres. Fiscales, en el ejercicio de sus funciones, velarán por el cumplimiento de la presente Circular.

[1] a. *Que le ha sido diagnosticada disforia de género.*

La acreditación del cumplimiento de este requisito se realizará mediante informe de médico o psicólogo clínico, colegiados en España o cuyos títulos hayan sido reconocidos u homologados en España, y que deberá hacer referencia:

1. A la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia.

2. A la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia reseñada en el punto anterior.

b. Que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. La acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuará mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado.

[2] *Tras la publicación del Real Decreto 1135/2008, de 4 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Igualdad, se le denomina Delegación de Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer.*