



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

VOTO PARTICULAR que emite el Vocal Alfons López Tena contra el Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres, aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial el 24 de junio de 2004, punto I-1º del orden del día.

El Informe hoy aprobado adolece de los defectos inherentes al método que consiste en tomar primero, por parte de alguien, una decisión, y después intentar justificarla jurídica y constitucionalmente. Una decisión ideológica apriorística de rechazo no es en sí reprochable, salvo que, como en el Informe aprobado, se incurra en la deshonestidad intelectual de omitir normas e instituciones existentes, con el solo fin de presentar como inédito y rechazable un Anteproyecto que, como tendremos ocasión de exponer, responde a criterios consolidados y aplicados en el ordenamiento penal y jurisdiccional con toda normalidad, y que no habían sido cuestionados por la mayoría del CGPJ con anterioridad, cuando los anteproyectos provenían de otro gobierno, y no se referían a la violencia contra las mujeres.

No puede este Vocal pasar por alto la acusación inaudita que contiene el Informe aprobado en su página 47: “Tal concepción que se adentra de lleno en un Derecho Penal de autor, en la ‘jurisprudencia del sentimiento’, voluntarista, con predominio no tanto de lo normativo como de lo que se ha dado en llamar ‘el sano sentir del pueblo’. Estas concepciones, propias de la Escuela de Kiel – de tan triste recuerdo en la Alemania de los años treinta- ...”.

No es legítimo ni decente que un órgano constitucional como el CGPJ moteje a quien piensa diferente de nazi, ni pretenda identificar con el nazismo un Anteproyecto de ley remitido por el Gobierno. Estas acusaciones, en democracia, hay que probarlas, no cabe blandirlas como descalificación sin incurrir en deslealtad institucional.

Para una mayor claridad expositiva, este Voto Particular se sistematiza así:

- I.- Ámbito de protección de la Ley.
- II.- Reformas penales.
- III.- Juzgados de Violencia sobre la Mujer.
- IV.- Competencia jurisdiccional.
- V.- Organización y financiación.

- I.- Ámbito de protección de la Ley.

Lo define el art. 1 como la violencia ejercida sobre la mujer como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de

poder de los hombres sobre las mujeres, ámbito que el Informe contra el que se emite el presente Voto Particular rechaza por inconstitucional, por entender que constituye discriminación negativa de “menores o ancianos, incluso a los hombres”, ya que la “discriminación positiva no es aplicable al ámbito penal ni al orgánico judicial”. Curiosamente, no aplica este mismo criterio para rechazar las medidas de sensibilización y asistenciales, y omite tanto la Constitución española como la europea, que cuentan con normas expresas en la materia cuyo escamoteo por el Informe lo convierte en un ejercicio inane de fantasía jurídico-constitucional, ayuno de fundamento en los preceptos constitucionales realmente existentes:

- Art. 9.2 de la Constitución española: ‘Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.’
- Parte III Art. 2 de la Constitución europea: ‘La Unión desarrollará diferentes políticas para luchar contra toda forma de violencia doméstica. Conviene que los Estados miembros tomen todas las medidas necesarias para prevenir y reprimir estos actos criminales así como para apoyar y proteger a las víctimas.’

El Informe ni menciona la Constitución europea, y sólo de pasada se refiere al art. 9.2 de la española, sin cuyo análisis no puede calificarse de inconstitucional el Anteproyecto. En todo caso, su reproche se limita a las reformas penales y jurisdiccionales, que se tratarán en su correspondiente epígrafe. Baste decir aquí que sólo la ceguera puede ignorar que las mujeres con pareja masculina constituyen un grupo de riesgo cualificado, sometidas a violencia y agresiones por los mismos hombres a los que les vinculan o han vinculado lazos afectivos y vida en común, con el propósito de mantener el poder sobre ellas. Ciertamente es que otras personas son objeto de agresión, tanto en la pareja (hombres heterosexuales, gays y lesbianas) como en la familia (menores y ancianos a cargo), pero que las mujeres heterosexuales agredidas tengan un tratamiento específico responde plenamente a la necesidad de proteger especialmente a quien es especialmente agredido, y no cabe duda de que lo son, como muestran las estadísticas, los informes sociales y judiciales y, sobre todo, las docenas de mujeres asesinadas cada año. No todas las víctimas de todos los delitos deben ser tratadas de la misma manera, sino de la más efectiva para atajar y compensar su situación, teniendo en cuenta las concretas características de delincuente y víctima, y no otra cosa se ha hecho con las víctimas del terrorismo sin que nadie, ni siquiera la mayoría de este CGPJ, haya objetado que no extender esas medidas a otras víctimas constituya discriminación negativa constitucionalmente prohibida.

En otro orden de cosas, el carácter integral de la ley aconseja abordar la agresión contra la mujer consistente en su mutilación genital, al efecto de combatirla cuando se practique en el extranjero, atribuyendo competencia para ello a los Jueces.

II.- Reformas penales.

El agravamiento de la pena de las amenazas y coacciones leves, si se ejercen por un hombre contra su pareja femenina con la intención de mantener las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, responde al hecho de que dichas amenazas y coacciones leves suelen ser el principio de una cadena de agresiones y violencia que llegan a culminar en el asesinato de la mujer, lo que justifica un tratamiento agravado de una conducta que, ejercida por otros sujetos o contra otras víctimas, no generan futuras agresiones que deban ser atajadas mediante una sanción agravada. El Informe así lo acepta implícitamente, al no cuestionar el tratamiento penal agravado de las amenazas, coacciones y agresiones en el ámbito doméstico, que en ningún momento entiende inconstitucionales por no extenderse a las producidas fuera de ese ámbito. No cabe duda empírica de que las amenazas leves entre desconocidos, por no verse seguidas de agresión, no merecen el mismo reproche y penalidad disuasoria que las proferidas en ámbito doméstico, y es ésta la razón del tipo agravado que se establece, que debe atajar la escalada de violencia donde efectivamente tiene lugar, en las relaciones de pareja entre hombres y mujeres y ejercida por los primeros, y no donde no tiene lugar, en las relaciones de pareja hetero u homosexual ejercida por las mujeres, o en las parejas gays, o ejercida contra menores o ancianos a cargo.

Omite el Informe que el tratamiento penal agravado de determinadas conductas existe a menudo en el Código Penal, estableciendo tipos específicos o circunstancias agravantes, a menudo en función de la intención del delincuente. No otra cosa son los delitos de genocidio o terrorismo, que penalizan los mismos hechos (homicidio, lesiones, violación, etc.) con mayor gravedad que si los cometen personas sin incurrir en terrorismo o genocidio, definidos por la intención del delincuente. La misma relevancia penal de la intención se recoge en la pena agravada de revelación de secretos oficiales y de alteración del orden público, y en la circunstancia agravante de los motivos racistas o antisemitas, o de discriminación religiosa, ideológica o sexual. Basta un somero ojeo del Código Penal para encontrar tipos con penas agravadas, o circunstancias agravantes, que dependen de la intención del delincuente, o que protegen a un grupo de personas y sólo a ellas, porque son las víctimas de esa concreta conducta penalmente ilícita: arts. 22, 510 y ss, 557, 571, 584, 598, 607 y un largo etcétera, sin omitir la pena agravada cuando la víctima del homicidio, asesinato o lesiones sea el Rey, sus ascendientes, descendientes y cónyuge (arts. 485 y 486). Entender constitucionalmente prohibido, como hace el Informe, el agravamiento de pena en función del delincuente, la víctima y la intención, es una posición doctrinal cuya defensa exigiría la derogación de gran parte del Código Penal, para penar por igual los mismos hechos, sea quien sea su autor e intención y la víctima, y no permitiría agravar la pena del homicidio en caso de genocidio, terrorismo, motivos racistas o magnicidio. Nada semejante ha defendido la mayoría de este CGPJ

cuando ha informado las reformas penales del Gobierno anterior o sobre terrorismo, y este solo hecho descalifica el montaje de una doctrina ad hoc que se blande frente a las mujeres víctimas de la violencia doméstica, y sólo frente a ellas.

Es opción constitucionalmente legítima del legislador integrar o no el tipo penal con la intención del autor, como se hace en el presente Anteproyecto y en otros muchos delitos, y establecer un tipo agravado o una circunstancia agravante, quizá esta última la técnica jurídica más recomendable, pues sólo merece reproche de inconstitucionalidad el tipo agravado cualificado por la intención del autor, y por las circunstancias personales de autor y víctima, si dicho tratamiento diferenciado no tuviera fundamento alguno en la realidad social, si no se tratara de una conducta especialmente peligrosa que merece una mayor sanción, y no parece que sea el caso de unas conductas de agresión de hombres contra mujeres que se cuentan por docenas de miles, y sus víctimas mortales por centenares, sin que exista algo ni remotamente parecido en las agresiones de las mujeres contra sus parejas masculinas y femeninas, ni en las parejas homosexuales, lo que justifica y exige un tratamiento diferenciado, pues, en palabras de Blake, “a law for the lion and the ox is oppression”

III.- Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

La existencia de Juzgados especializados no es ninguna novedad, ni las ventajas de todo orden que reporta la formación específica del Juez en una rama del Derecho, por la mayor calidad de sus actuaciones que produce. No se alcanza la razón por la que la existencia consolidada de juzgados especializados en materia civil, penal, administrativa, laboral, familiar o mercantil no sea impugnada por inconstitucional, ni siquiera por la mayoría de este CGPJ, y en cambio se predique de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, y sólo de ellos. Es opción del legislador especializar jueces y jurisdicciones, y no otra cosa que hacerlo en función de las personas es la Audiencia Nacional, que no es competente sobre todos los homicidios sino sólo sobre los terroristas; los próximos Juzgados de lo Mercantil, con competencia sobre los comerciantes individuales y societarios; o la Sala Militar del Tribunal Supremo, con competencia sobre unos concretos funcionarios, y sólo sobre ellos. No es inconstitucional por discriminación negativa que la disolución de una asociación le competa a un Juzgado civil, y la de una sociedad anónima a un Juzgado mercantil, ni que el homicidio genocida lo juzgue la Audiencia Nacional y el homicidio no genocida el Juzgado Penal; ni lo es la especialización de Juzgados en los delitos de violencia contra las mujeres tal como la define el presente Anteproyecto, pues las mejoras organizativas y cualitativas que la especialización produce es su razón justificativa, tanto para los comerciantes como para las mujeres maltratadas, y desde luego no con menor necesidad y legitimación en las segundas que en los primeros.

IV.- Competencia jurisdiccional.

La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer es evidente que debe extenderse a los delitos y faltas que constituyen esa violencia, lo que se compadece mal con los delitos de aborto y tortura y algunos de los recogidos en los Títulos I y II del Libro III del Código Penal, como la realización arbitraria del propio derecho, detenciones ilegales y delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos. Acumular en estos Juzgados materias que no guardan relación con su cometido específico no es recomendable, por requerir un tiempo y dedicación a costa de los delitos y faltas cuyo enjuiciamiento es su razón de ser.

El mismo problema de extensión competencial desmesurada afecta a las competencias civiles de estos Juzgados, pues sólo medidas civiles necesarias para la protección de las víctimas son las que deben residenciarse en ellos, como el uso de la vivienda común o la guarda y custodia de los hijos menores. No se alcanza la razón de su competencia en materias no relacionadas con la violencia, como la declaración de prodigalidad o las acciones de filiación, maternidad o paternidad, pues no debe desconocerse el riesgo de colapso por acumulación de asuntos no penales ni instrumentales de la prevención y enjuiciamiento de la violencia.

Especialmente problemática es la competencia sobre separación y divorcio, que incentiva el uso perverso de estos Juzgados para conseguir ventajas de celeridad u otras, en detrimento de las verdaderas víctimas de la violencia, además de recaer sobre cuestiones patrimoniales (liquidación de gananciales, pensiones alimenticias y compensatorias, compensación por el trabajo no retribuido) que a menudo afectan a negocios y empresas familiares que deben partirse o liquidarse, y a puestos de trabajo. Que un Juez penal deba ocuparse y resolver estas cuestiones anula las ventajas que reporta la especialización, complica su tarea en detrimento de la protección de las víctimas y enjuiciamiento de los agresores, y plantea la duda fundada de la imparcialidad objetiva del Juez que condena a prisión al hombre agresor de su pareja femenina, y debe resolver también sobre la procedencia de las pensiones, y su cuantía, y sobre valoración y liquidación de bienes comunes.

Debe definirse con mayor precisión la inhibición por pérdida de competencia objetiva en función de las diversas fases en que pueda encontrarse el Juez o Tribunal civil que deba inhibirse, especialmente en apelación, y los efectos que el cambio de domicilio de la víctima produce en la competencia jurisdiccional, tanto por evitar las disputas jurisdiccionales que la escasa regulación del Anteproyecto provocaría, como para no incentivar comportamientos estratégicos que persigan y obtengan elegir el Juez por la parte, contra el principio constitucional del Juez natural predeterminado por la Ley.

V.- Organización y financiación.

No parece una discriminación razonable ni positiva excluir del Consejo Escolar del Estado a los Institutos de la Mujer de las C.C.A.A. y a las organizaciones de mujeres con implantación no en todo el territorio del Estado (art. 6), ni legislar en materias que, como Enseñanza, Asistencia social, Promoción de la Mujer, o Publicidad, son competencia exclusiva de las C.C.A.A., más allá del título competencial que la Constitución atribuye al Estado central en su art. 149, que el Anteproyecto invoca pero cuyo contenido y el de los Estatutos de Autonomía vulnera reiteradamente.

Afirma la Memoria Económica del Anteproyecto: “Antes de proceder a la valoración de los correspondientes costes, conviene precisar que la gestión de gran parte del conjunto de estas medidas, es competencia de las Comunidades Autónomas y, en consecuencia, no tiene por qué implicar necesariamente un coste directo para el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, sin perjuicio de que la puesta en práctica de dichas medidas requiera la realización del adecuado esfuerzo presupuestario por parte del Estado para compensar la posible insuficiencia de medios de las Comunidades Autónomas.”

Cuando esto ocurre, establece la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre (LOFCA) un principio, “La lealtad institucional, que determinará la valoración del impacto, positivo o negativo, que puedan suponer ... la adopción de medidas de interés general, que eventualmente puedan hacer recaer sobre las Comunidades Autónomas obligaciones de gasto no previstas a la fecha de aprobación del sistema de financiación vigente, y que deberán ser objeto de valoración anual en cuanto a su impacto, tanto en materia de ingresos como de gastos, por el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas.” (art. 2.1.e)

Hacer recaer el costo de las medidas contenidas en el Anteproyecto sobre las Comunidades Autónomas, sin cuantificar ni transferir los fondos para ello, es abocar dichas medidas al fracaso, como ya ha ocurrido en otros casos de centrifugación del gasto, como las medidas derivadas de la Ley Penal del Menor, cuyo triste destino por falta de financiación por el Estado central no merece un Anteproyecto que pretende combatir y atajar la lacra social de extrema gravedad que constituye la violencia contra las mujeres.

Madrid, 24 de junio de 2004.

Alfons López Tena.
Vocal.