



A S O C I A C I O N
DE JUEGES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA



BOLETÍN DIGITAL
VIOLENCIA SOBRE
LA MUJER

Nº 2 MAYO 2016

EDICIÓN: AJFV

MAQUETADO Y
DISTRIBUCIÓN:
Secretaría AJFV

DIRECCIÓN:
COMITÉ NACIONAL

COORDINACIÓN:
Natalia Velilla Antolín



ÍNDICE

1.- FAMILIA: Cuestiones de competencia suscitadas entre Juzgados de Violencia sobre la Mujer y Juzgados de Primera Instancia en materia de modificación de medidas, tras la modificación del artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

AAP Madrid, Sección 22ª, de 12 de enero de 2016

Nº Auto: 1/2016

AAP Málaga, Sección 6ª, de 9 de marzo de 2016

Nº Auto: 49/2016

Comentario realizado por el Ilmo. Sr. D. PABLO SÁNCHEZ MARTÍN, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Cádiz

2.- PENAL: Exención de dispensa del artículo 416 LECrim a las víctimas de violencia de género cuando hay renuncia a acciones civiles y penales.

STS Sala Segunda, de 14 de julio de 2015

Nº Sentencia: 449/2015.

Nº Recurso: 10127/2015

Comentario realizado por la Ilma. Sra. Dª. MARÍA AUXILIADORA DÍAZ VELÁZQUEZ, Magistrada del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria

1.- FAMILIA:

AAP MADRID, SECCIÓN 22ª, DE 12 DE ENERO DE 2016

Nº AUTO: 1/2016

AAP MÁLAGA, SECCIÓN 6ª, DE 9 DE MARZO DE 2016

Nº AUTO: 49/2016

PABLO SÁNCHEZ MARTÍN

Cuestiones de competencia suscitadas entre Juzgados de Violencia sobre la Mujer (en adelante JVM) y Juzgados de Primera Instancia (en adelante JPI) en materia de modificación de medidas, tras la modificación del artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

COMENTARIO

En el supuesto contemplado en la resolución dictada por la AP Madrid, un JVM dictó sentencia de divorcio, e interpuesta posterior demanda de modificación de medidas, declara su falta de competencia objetiva pues al presentarse la demanda de modificación de medidas, ya no existía causa penal abierta entre las partes, y remitidas al Juzgado de 1ª Instancia, éste declara su falta de competencia objetiva de conformidad a lo dispuesto en el artículo 775.

Señala el AAP de Madrid que “*El artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tras su reforma por la ley 42/2015, de 5 de octubre, dispone que el Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar “del tribunal que acordó las medidas definitivas”, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que se hayan modificado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.*”

Y argumenta que la automática aplicación al caso de dicho precepto

nos llevaría, en principio, a declarar la competencia del JVM para conocer de la demanda de modificación de medidas, ya que ante dicho órgano se siguió el procedimiento de divorcio en el que se acordaron las medidas que se intentan modificar.

Añadiendo que no puede desconocerse que el sistema competencial instaurado por la citada reforma legislativa entra en abierta colisión con consolidada doctrina jurisprudencial en la materia, así como con diversas disposiciones normativas reguladoras de la cuestión que ahora examinamos.

Se recuerda el origen parlamentario de la reforma instaurada por ley 42/2015, que responde a una enmienda de CiU que partía de la “evidente y palmaria laguna” del texto anterior sobre el órgano que ostenta la competencia en tales casos y afirmaba que la cuestión se había solucionado siguiendo el criterio de atribuir la competencia al mismo juzgado que acordó las medidas cuya modificación se pretende, pasando su argumentación en la doctrina fijada en el ATS de 10 de octubre de 2010. Si bien dicha justificación parlamentaria ignoraba que el criterio del citado ATS ha sido superado posteriormente por múltiples resoluciones que establecían que, dictada sentencia firme, la modificación de medidas no se considera como un incidente del juicio principal por lo que la competencia ha de regirse por lo dispuesto en el artículo 769 Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así, la doctrina del TS excluía la aplicación de las normas sobre competencia funcional que recoge el artículo 61 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y se atribuía la competencia con base a los criterios fijados por el artículo 769 relativo a la competencia territorial.

Y entiende la AP de Madrid que las previsiones que se contienen en el actual artículo 775 entran en abierta colisión con las normas que, sobre competencia exclusiva y excluyente de los JVM contiene el artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Entiende que la competencia del JVM tiene un carácter excepcional, supeditada a la pervivencia de actuaciones penales, y en consecuencia, si han finalizado tales actuaciones penales y, en su caso, extinguida la responsabilidad penal, carece de toda justificación legal la prórroga de tal excepcional atribución competencial; y de otro lado se entiende que la aplicación indiscriminada del artículo 775 en su redacción vigente, llevaría a excluir la competencia de los JVM si, dictada la sentencia por un JPI, al tiempo de interponerse la demanda de modificación de medidas, concurren sin embargo los requisitos del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues se excluiría la aplicación a tales supuestos del artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, manteniendo la competencia del orden jurisdiccional civil.

Y con base en tales argumentaciones entiende que debe atribuirse la competencia al JPI dado que al presentarse la demanda ya habían recaído en la causa penal resolución firme absolutoria.

Por su parte el AAP de Málaga, señala que, para que el JVM tenga competencia en el orden civil de forma exclusiva y excluyente, es necesario que concurren simultáneamente los requisitos establecidos en el artículo 87 ter 3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Y en el supuesto examinado el JVM conoció del inicial procedimiento de crisis familiar y posteriormente, presentada la demanda de modificación de medidas ante dicho JVM por haber dictado la sentencia cuya modificación se pretende, dicho órgano declara su falta de competencia por estimar que al haberse dictado sentencia penal absolutoria ha perdido la competencia; y siendo turnada la demanda al JPI, éste se declara igualmente incompetente por estimar que con la nueva redacción del artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, corresponde la competencia mismo juzgado que dictó la sentencia cuya modificación se insta.

El tribunal, analiza la doctrina del TS, que entendía que el procedimiento de modificación de medidas no podía considerarse un incidente del inicial procedimiento de separación o divorcio, y acude a las reglas de competencia territorial establecidas en el artículo 769 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para atribuir la competencia territorial para el conocimiento de las demandas de modificación de medidas.

Sin embargo tras la reforma operada por la Ley 42/2015 la competencia para conocer del procedimiento de modificación de medidas se configura como una suerte de competencia funcional por conexión, sin que se establezcan excepciones, sin que con la vigente redacción del artículo 775 quepa entender que nos encontramos ante un procedimiento autónomo con su propio fuero de competencia y así, no habiendo establecido excepciones el artículo 775, no procede excepcional la aplicación del mismo por el mero hecho de haberse dictado sentencia absolutoria en vía penal, como tampoco pierde su competencia para el conocimiento del asunto civil de los previstos en el artículo 87 ter 2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando durante su sustanciación se dictada sentencia absolutoria en vía penal.

Como puede observarse la cuestión va a generar bastante polémica y la respuesta que se dé a la cuestión planteada no parece que vaya a ser unánime.

Así, entre las cuestiones que se pueden plantear, serían, de un lado, si dictada una sentencia en un procedimiento de familia por un juzgado civil (JPI o de Familia), y posteriormente se pretende la modificación de las medidas, habiendo acaecido un acto de violencia contra la mujer posterior a la sentencia cuya modificación se pretende.

Y el segundo supuesto sería el de sentencia inicial dictada por el JVM y la posterior demanda de modificación de medidas cuando ya no existe acto de violencia o se ha extinguido la responsabilidad penal.

En principio, y con la vigente redacción del artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la competencia en todo caso vendría atribuida al juzgado que dictó la inicial sentencia en el procedimiento de familia en el que se establecieron las medidas que se pretende modificar.

Sin embargo creo que, en el primer supuesto, esto es, cuando se pretende la demanda de modificación de medidas existiendo ya un acto de violencia contra la mujer, debiera estimarse que, en todo caso, la competencia viene atribuida al JVM, pues otra solución, además de ser contraria a lo dispuesto en los artículos 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, iría en contra de la finalidad que se persigue con la Ley 1/2004, de 28 de diciembre.

No obstante, creo que la deficiente técnica legislativa utilizada plantea no pocos problemas. Y con carácter previo, señalar que la exposición de motivos de la Ley 42/2015 para nada se refiere a la motivación que justifique este cambio legislativo, por lo que tan solo cabe inferir la intención del legislador en el trámite parlamentario (Propuesta de CiU), que como puede observarse, es errónea por desfasada, pues el TS había dado cumplida respuesta al problema, atribuyendo la competencia con base a los criterios de competencia territorial del artículo 769 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por entender que se trataba de un procedimiento autónomo, u no de un incidente del procedimiento inicial en el que se adoptaron las medidas.

Señalar que el artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece la competencia objetiva y el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la competencia funcional.

La cuestión es si ambos preceptos pueden coexistir.

Desde mi punto de vista esta tesis se enfrenta a lo dispuesto en los artículos 225 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que disponen:

Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

1º Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.

Así el JVM que conoce de una modificación de medidas respecto de la sentencia dictada por un JPI, aun cuando tenga competencia objetiva, carecería de competencia funcional, siguiendo la tesis establecida por el AAP de Málaga de 9 de marzo de 2016.

Y la sentencia dictada por un JPI, en un procedimiento de modificación de medidas, si existe un acto de violencia contra la mujer, aun cuando tuviese competencia funcional, carecería de competencia objetiva.

Otra cuestión que cabría analizar es, si dictada sentencia en un procedimiento matrimonial por un juzgado de familia y posteriormente se interpone demanda de modificación de medidas, pero existiendo un acto de violencia contra la mujer, si cabría la inhibición por el JPI a favor del JVM, pues en tal caso de mantenerse la aplicación del artículo 775 Ley de Enjuiciamiento Civil, quedaría vacío de contenido el artículo 49 bis de la misma ley.

Y sin embargo este último artículo faculta al JVM para reclamar el conocimiento del asunto, viniendo obligado el JPI a remitir la causa al JVM, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 3º del citado artículo 49 bis.

En todo caso la tesis que propugna el AAP de Madrid de 12 de enero de 2016, no queda exenta de polémica, pues arguye que “En consecuencia, son muchas las dudas que suscita, en su interpretación y aplicación, la nueva redacción del artículo 775 L.E.C., lo que, en tanto el Tribunal Supremo no se pronuncie sobre dicha problemática, nos ha de llevar, en un ejercicio de elemental prudencia y en evitación de nuevos y sucesivos

cambios al respecto, a mantener los consolidados criterios que, hasta el presente, ha establecido dicho Alto Tribunal.”

Ante esta tesis, cabría traer a colación la postura que mantuvo en TS (Auto de 12 de mayo de 2009, Roj ATS 6851/2009) en relación con la polémica suscitada con motivo del error habido en la tramitación parlamentaria respecto del trámite a seguir en la modificación de medidas, señalando en aquel caso que “sin que la referencia al art. 771 pueda entenderse como un mero error material o errata, pues no ha sido objeto de rectificación en las correcciones aparecidas en el BOE ... La conclusión es obvia, el Legislador, con mayor o menor acierto, pero en todo caso expresamente, ha configurado la modificación de las Medidas definitivas, por variación de las circunstancias y a solicitud de uno de los cónyuges, como "cuestión incidental" a resolver mediante Auto y, por ende, excluida al acceso a la casación”.

En todo caso, lo deseable sería una nueva reforma legislativa que pusiese un poco de orden en esta cuestión.

Señalar finalmente que cabría preguntarse si el artículo 775 Ley de Enjuiciamiento Civil, en su actual redacción es aplicable a las parejas de hecho cuando la demanda de modificación de medidas no la inste el Ministerio Fiscal; pues dicho precepto tan solo hace referencia a los cónyuges, de ahí que cabría preguntarse si la demanda de modificación de medidas es promovida por uno de los integrantes de una pareja de hecho, sería de aplicación este precepto, o habría que acudir a las reglas de competencia territorial que establece el artículo 769.

Por último, poner de manifiesto que la actual atribución de competencia funcional con base al artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, podría afectar al derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto, en ocasiones, obliga a los cónyuges a litigar en una demarcación territorial con la que ya han perdido toda conexión y eso puede dificultar el ejercicio

de su derecho de defensa.

Referencia CENDOJ AAP MADRID: ROJ: AAP M 86/2016

Referencia CENDOJ AAP MÁLAGA: ROJ: AAP MA 1/2016

2.- PENAL

STS SALA SEGUNDA, DE 14 DE JULIO DE 2015

Nº SENTENCIA: 449/2015

Nº RECURSO: 10127/2015

MARÍA AUXILIADORA DÍAZ VELÁZQUEZ

La sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, plantea que no cabe realizar la dispensa del art. 416 de la LECRM, a una víctima de violencia de género, la cual inicialmente ejercitó la acción penal, pero en el momento del plenario, ya había renunciado a las acciones penales y civiles.

COMENTARIO

En los últimos años se han realizado numerosos debates doctrinales y jurisprudenciales en torno a la dispensa del deber de declarar. El debate más polémico surgió en torno al momento procesal en el que se podía hacer uso de esta dispensa. Esta cuestión quedó zanjada con el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 24 de abril de 2013.

En los supuestos de violencia de género, las víctimas podrán acogerse a la dispensa aunque en el momento de deponer ya no estén unidas a su agresor por vínculo matrimonial o análogo.

No obstante, de conformidad con la redacción del Acuerdo, perderán la posibilidad de ejercer ese derecho si, a su vez, están personadas como acusación en el proceso. Este panorama se ha visto alterado, por la presente sentencia, que vino a romper el criterio establecido por el propio

Tribunal Supremo.

En el presente caso, a la víctima se le tomó declaración en sede judicial, el 7 de julio de 2012 y no se le informó de su derecho a no declarar, ex art. 416 de la LECRM. Posteriormente ejercería la acusación particular, por un periodo de un año, lo que novó su estatus procesal, al de testigo ordinario, que mantuvo hasta que posteriormente, renunciara a las acciones civiles y penales que pudieran corresponderle. En el plenario, la misma manifestó que era la ex pareja del acusado y prestó declaración testifical **sin que se le ofreciera la posibilidad de hacer uso de la dispensa del deber de declarar.**

Esta sentencia es sorprendente, ya que según el tenor literal del Acuerdo no jurisdiccional de 2013, la exención de la obligación de declarar no alcanza a los testigos que **estén personados**, pero nada dice, de los que estuvieron personados y en el momento del plenario, **NO están personados.**

Según esta sentencia, el acceso a la dispensa queda cerrado cuando la víctima, en algún momento del procedimiento, se haya personado como acusación particular, aunque llegado el acto del juicio ya no ostente ese status por haber renunciado a ello.

Por lo tanto, sería necesario una reforma de dicho precepto legal, de manera que ponga fin de una vez a esta inseguridad jurídica, que en muchas ocasiones suponen un obstáculo para proteger a las mujeres víctimas de violencia de género, dejando en sus manos la disposición del proceso penal e impidiendo el ejercicio de la acción penal.

Referencia CENDOJ: ROJ: STS 3500/2015.