

# La violencia de género en los procesos de familia separación, divorcio y nulidad

**Autora:** Cristina Guzmán Pérez  
Prof. Propia de Universidad Pontificia Comillas

## Resumen

La violencia doméstica siempre ha tenido una íntima vinculación con cuestiones civiles, dentro del ámbito del derecho de familia. Los conflictos matrimoniales, sobre todo si existe violencia - física o psicológica – son causa de una crisis conyugal profunda que culmina materializándose en un proceso judicial. En este estudio, tras exponer la regulación anterior a la última reforma del C. Civil, se estudia la vigente Ley de 8 de julio de 2005, en el ámbito específico de la violencia en el seno de la familia, para terminar analizando la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de medias de protección integral contra la violencia de género, especificando la competencia civil de los juzgados de violencia sobre la mujer, en su amplia y compleja problemática.

*Palabras clave:* violencia de género, separación, divorcio, nulidad de matrimonio, juzgados de violencia contra la mujer, competencia civil.

### Abstract

Though criminal in character, domestic violence is usually considered as a civil issue, particularly when in the context of Family law. This is usually the case as matrimonial conflicts, (mainly when there is physical or psychological aggression) frequently result in profound crisis for the parties involved usually leading to judicial procedure to divorce, separate or nullify the matrimonial link, coupled with previous requests of provisional or definitive measures to assure the proper development of the aforementioned procedure.

This article is aimed, firstly, at analysing the legal system on divorce and separation that existed before the amendment of the Civil Code which took place on 8<sup>th</sup> July, 2005. According to the legal system at that time, domestic violence was already, a fact that could be used as a legal base in the hands of the victim that allowed him/her to submit a plaint to divorce or to separate. Secondly, this article examines the above mentioned amendment of the Civil Code, particularly those parts related to domestic violence. Thirdly this article examines the legal measures available to face domestic violence, and the jurisdiction on civil questions arising from domestic violence and related aspects, on which the courts on domestic violence are competent. Finally, some important procedural questions are discussed. These include: (i) cases in which both Civil and Domestic Violence Courts lose competence, (ii) specific cases when the plaint can be rejected, and (iii) territorial jurisdiction and jurisdictional conflicts.

*Key words:* domestic violence, separation, divorce, matrimonial nullity, domestic violence courts, civil jurisdiction.

Recibido: 22.11.2006

Aceptado: 15.12.2006

---

### I. Referencia a la normativa antecedente

Para poder valorar objetivamente la vigente normativa, creemos necesario, o muy conveniente, hacer una referencia a la que precede. En ella la violencia doméstica podía ser causa de separación, de divorcio, e incluso de nulidad matrimonial.

El *artículo* 82 del C. Civil, según la redacción de la Ley 30/1981 de 7 de julio, ahora ya sin contenido, regulaba las **causas de separación**:

1<sup>a</sup> El abandono injustificado del hogar, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales. De estas tres causas, las dos últimas podrían ser las alegadas en los supuestos de violencia doméstica ya

que ésta podría ser el incumplimiento de cualquiera de los deberes conyugales previstos en los arts. 66, 67 y 68 del CC<sup>1</sup>.

2ª Cualquier violación grave y reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar. Aquí también podría encuadrarse la violencia doméstica, tanto con respecto a los hijos como al cónyuge.

4ª El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales siempre que el interés del otro cónyuge o de la familia exijan la suspensión de la convivencia. Desgraciadamente la concurrencia de esta causa suele darse con frecuencia en los supuestos de violencia doméstica, de los padres para con los hijos, como a la inversa.

En las separaciones de mutuo acuerdo no era necesario alegar la causa de separación, según el artículo 81 del CC, pero como muy bien señala Pilar González<sup>2</sup> que fue durante muchos años Magistrada del Juzgado de familia núm. 29 de Madrid, a través de las ejecuciones de sentencia de estos procedimientos de mutuo acuerdo, se percibía el conflicto e incluso la violencia que podía existir antes de la separación.

El artículo 86 del C. Civil, también según la regulación anterior, establecía las **causas de divorcio**. En él encontrábamos, en relación con nuestro tema, los siguientes puntos:

1º) El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos (...), cuando quien pide el divorcio acredite que al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causas de separación (art. 86.3.b). Esa causa de separación, como hemos visto en el art. 85 podía ser la violencia y malos tratos.

2º) La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge sus ascendientes o descendientes (art. 86.5º). La necesidad de tener que esperar a la sentencia firme limitaba la alegación de esta causa por el peligro que suponía para la víctima. Esta causa 5ª es evidente que encerraba supuestos de violencia doméstica. Pero también podía estar oculta en la causa 3ª.

---

<sup>1</sup> Estos artículos recogen la igualdad de derechos entre marido y mujer, el deber de respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia y la obligación de socorrerse mutuamente. El artículo 68 tiene actualmente una redacción distinta: "Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo"

<sup>2</sup> GONZÁLEZ, Pilar, "La regulación y repercusión de los actos de violencia doméstica en los procedimientos de familia", en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, La violencia doméstica*, Num. 21 3ª época, mayo 2002, p. 111.

Como puede observarse, los malos tratos no eran causa directa de divorcio aunque éste podría solicitarse en virtud de la causa 3ª b) si se ponía en relación con el art. 87 del C.C.<sup>3</sup> y se tenía en cuenta que el cese efectivo de la convivencia conyugal era compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio cuando ello obedecía, en uno o en ambos cónyuges, a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así se hubiera acreditado por cualquier medio admitido en derecho en el proceso de divorcio<sup>4</sup>. En este sentido, el CGPJ presentó, el 10 de noviembre de 1998, una Proposición de Ley de reforma del C. Civil del art. 86 en materia de procesos de separación y divorcio cuando derivasen o tuviesen como precedentes los malos tratos entre cónyuges<sup>5</sup>.

Respecto a la **nulidad**, el art. 73 del C.C. señala que es nulo, cualquiera que sea la forma de celebración:

1º El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial

4º El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento matrimonial.

5º El contraído por coacción o miedo grave.

Pilar González afirma que no es frecuente en la actualidad, en supuestos de violencia doméstica, la petición de nulidades matrimoniales aunque debe valorarse como una opción.

Para no alargar este estudio, no vamos a entrar a analizar si realmente un supuesto de malos tratos podría ser considerado causa de nulidad matrimonial, bien porque se simuló o faltó el consentimiento en el momento de la celebración, bien porque uno o los dos cónyuges erraron en la apreciación de las cualidades del otro cónyuge –o éste las ocultó dolosamente– que eran determinantes de la prestación del consentimiento, bien porque fueran coaccionados o amedrentados gravemente para contraerlo. Solo quiero aludir a dos noticias aparecidas en prensa, en el año 2002, sobre dos casos de nulidad de matrimonio por los Tribunales civiles:

– El primero, se refiere a una sentencia dictada por la Sección VI de la Audiencia Provincial de Málaga, que modifica una dictada por el Juzgado de Estepona, en la

---

<sup>3</sup> Art. 87 del C.Civil, actualmente sin contenido, disponía: “El cese efectivo de la convivencia conyugal, a que se refieren los artículos 82 y 86 de este Código, es compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así sea acreditado por cualquier medio admitido en derecho en el proceso de separación o de divorcio correspondiente,.

*La interrupción de la convivencia no implicará el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga”.*

<sup>4</sup> Ib.p.112.

<sup>5</sup> Boletín Oficial del Congreso de los Diputados 122/000208.

que se declara nulo un matrimonio civil celebrado en 1997 basado en el “cambio radical” experimentado por el esposo tras la boda, pasando de ser un novio atento y cariñoso a convertirse en un marido frío e indiferente (dejó de enviarla ramos de flores, de dirigirla la palabra y de llevarla en su coche). La nulidad se estimó por error en la cualidad de la persona<sup>6</sup>.

- El segundo, es una sentencia dictada por un Juzgado de Valencia. El demandante era un octogenario que se casó con su asistenta búlgara, de 40 años, quien tras la boda le amenazó de muerte, le agredió y quiso envenenarlo, así como le estafó 21.000 euros en los cinco meses que duró el matrimonio. La nulidad se estimó por simulación<sup>7</sup>.

## II. Normativa vigente: La Ley 15/2005 de 8 de julio de modificación del C. Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio

Con independencia de la opinión que me merece esta nueva ley de divorcio en su integridad, desde un punto de vista jurídico<sup>8</sup>, la vigente ley abandona el sistema

<sup>6</sup> Vid. El Mundo el 5 de abril de 2002, p.28.

<sup>7</sup> Vid ABC de 25 de septiembre de 2002 p. 23.

<sup>8</sup> En este sentido nos adherimos, una vez más, al comunicado de prensa que como vocal de la Junta directiva de la Asociación de Canonistas Española, emitimos con fecha 24 de junio de 2006 y que puede encontrarse entre otras en IUSTEL, Diario del Derecho, de 24 de junio de 2006

El CGPJ informó sobre el Anteproyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de Separación y Divorcio en sentido similar: “1) No es lo que rige en nuestro entorno jurídico y cultural al que pertenecemos ya que hemos visto que el divorcio unilateral sin causa es realmente excepcional y aceptado, y siempre con plazos, en dos países nórdicos (Finlandia y Suecia), más alejados de nuestra tradición jurídica, (...) 5) En materia jurídica, no es concebible un contrato sin causa. Así como sería una aberración jurídica la cancelación unilateral de un contrato (por definición sinalagmático), así también lo es un “divorcio sin causas que jurídicamente justifiquen la denuncia y subsiguiente rescisión del contrato bilateral, que es el matrimonio. La ruptura del contrato jurídico matrimonial contra la voluntad de la otra parte signataria del negocio sinalagmático debe dar derecho a ésta a obtener la compensación que le es debida (...)”. En este mismo sentido opina D. José Luis Requero, Magistrado y Vocal del CGPJ, en Actualidad Jurídica Aranzadi nº 655 de 3 de febrero de 2005, p. 6. En sentido contrario, manifiestan su opinión en esta misma revista. D. Alfonso López Tena, también vocal del CGPJ (p.9) y el catedrático de Derecho Civil de la UNED, D. Carlos Lasarte Alvarez, quien para salvar las exigencias jurídicas de todo contrato sinalagmático, se pronuncia por el carácter institucional del matrimonio y opta por “certificar la defunción del matrimonio, sin ambages, y permitir que, con la mayor celeridad posible, los cónyuges procuren rehacer sus vida lejos el uno del otro, pues naturalmente, si se les reconoció madurez suficiente para comprometerse matrimonialmente ¿cómo se le va a negar capacidad y serenidad suficiente para poner fin a la situación matrimonial?” (p. 10). Aprovecha, además, la ocasión, para criticar las nulidades canónicas sin ninguna seriedad ni justificación jurídica. Sin comentarios. Dña. Carmen Rodilla Rodilla, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Madrid, opta por estimar que el matrimonio es un contrato de tracto sucesivo y la decisión unilateral de divorcio estaría amparada por la cláusula “rebus sic stantibus” por lo que si ya no se dan las circunstancias que existieron a la hora de prestar el consentimiento matrimonial, podrán cualquiera de ellos solicitar la resolución del contrato. Además, al ser estas circunstancias de índole personal, solo los propios cónyuges pueden valorarlo. Así se manifestó en unas Jornadas sobre “Los Procesos Matrimoniales, últimas reforma legislativas”, organizado por Colex, el pasado 25 de febrero de 2005.

Véase también a este respecto, RODRÍGUEZ CHACÓN, Rafael, *Matrimonio, separación y divorcio en España: nueva regulación. Estudio sistemático de las leyes 13/2005 de 1 de julio y 15/2005 de 8 de julio*. Barcelona 2005. p. 68-76

causalista, derogando los artículos 82 (causas de separación) y 87 (causas de divorcio) y fija un plazo previo para acceder a la separación y divorcio (tres meses), salvo que concurren especiales circunstancias, en especial, malos tratos.

Por tanto, el cónyuge que pretenda demandar en separación o divorcio al otro, deberá esperar tres meses desde la celebración del matrimonio, conforme prevén los artículos 81 (sobre la separación) y 87 (sobre el divorcio). Sin embargo, según dispone el vigente **artículo 81, 2º**: “No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación”.

En cuanto a los efectos de la separación o divorcio, parece que también se tiene en cuenta la posible violencia doméstica existente en el seno matrimonial y/o familiar por cuanto, en el vigente artículo 92.2, se permite la **privación de la patria potestad** cuando en el proceso se revele causa para ello. Y, en el número 7 de este mismo artículo, relativo al régimen de **guarda conjunta de los progenitores**, expresamente se contempla que no procederá la misma 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*”.

Tememos que puede instrumentalizarse este precepto, iniciándose procedimientos penales con denuncias injustificadas, para evitar así que el Juez pueda establecer una custodia compartida que siempre se podría imponer, si lo solicita alguno de los cónyuges.

### **III. La L.O. 1/2004 de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género: Los juzgados de violencia sobre la mujer y su competencia civil**

#### **III.1. Competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en materia civil, según el objeto del procedimiento:**

La Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género, en su artículo 87 ter de la LOPJ<sup>9</sup>, establece que el Juz-

---

<sup>9</sup> Este artículo 87 ter, tiene el siguiente contenido:

1. 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

gado de Violencia sobre la mujer (JVSM), conocerá en el orden civil de los procesos y recursos ya previstos en el artículo 748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>10</sup> sobre las siguientes materias:

- 
- 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.
2. 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.
  3. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:
    - a. Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo.
    - b. Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1.a del presente artículo.
    - c. Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.
    - d. Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.
  4. Cuando el Juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente.
  5. En todos estos casos está vedada la mediación.

<sup>10</sup> Se excluyen los procedimientos sobre capacidad de las personas y los de declaración de prodigalidad. José Luis Utrera señala que en la tramitación parlamentaria se suprimieron las competencias que el inicial Proyecto de Ley les atribuía respecto a los procedimientos sobre capacidad de las personas y los de declaración de prodigalidad, así como los relativos al reconocimiento de eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesíásticas en materia matrimonial, dada la escasa conexidad de tales procesos con la violencia de género (Vid. UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., "Los procesos de familia en la Violencia Doméstica". Primera aproximación, en AA.VV., *Violencia doméstica*. Madrid, Sepin 2005 p.85.

- a. Filiación, maternidad y paternidad.
- b. Nulidad del matrimonio, separación y divorcio
- c. Relaciones paterno filiales
- d. Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar
- e. Guarda y custodia de hijos/as menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos/as.
- f. 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.

Comparando el mencionado artículo 748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con el listado que recoge la Ley 1/2004, se aprecia que se han incluido los apartados e) y d) y que en el apartado b) relativo a la separación, divorcio y nulidad, no se mencionan los procedimientos de modificación de medidas al entenderse subsumidos en el apartado d).

La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero, que entró en vigor el 1 de enero de 2001, regula en el Título I del Libro cuarto, los procedimientos matrimoniales y de menores, junto a los de capacidad y filiación. El capítulo primero lo dedica a las Disposiciones generales aplicables a estos procesos (arts, 748 a 755 inclusive) y el capítulo cuarto a los procesos matrimoniales y de menores (arts. 769 a 777). Estos preceptos adjetivos serán los que regulen los litigios civiles de los que conozca el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, a tenor del art. 57 de la L.O. 1/2004 que introduce el nuevo artículo 49 bis de la LEC, que en su apartado 5 determina que los procesos civiles de los que conozca el Juzgado de Violencia sobre la Mujer se tramitarán conforme a los procedimientos y recursos previstos en la LEC. El recurso de apelación podrá conocerlo, según el caso, una sección especializada de la Audiencia Provincial, en aquellos partidos donde lo exija el volumen de asuntos (art. 46 de la L.O. 1/2004). En Madrid, la sección 24 de la Audiencia Provincial.

Analizamos brevemente cada una de estas competencias objetivas:

### *III.1.1. Procedimientos de filiación, maternidad y paternidad.*

Se trata de los procesos previstos en los artículos 764 a 768 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que tienen por objeto la determinación legal de la filiación, esto es, que se declare judicialmente quién es el padre o/y la madre (autor biológico de la generación) o bien la impugnación de la generación que está legalmente determinada, o sea, que se declare judicialmente que el padre no es el autor de la generación o que la madre ha realizado una suposición de parto o que su hijo/a no es tal.



Toda la regulación sustantiva de la acción de reclamación de la filiación o de la impugnación de la misma, está regulada en los artículos 131 a 141 del Código Civil.

La ley procesal también prevé la posibilidad de adoptar unas medidas cautelares de alimentos o protección de menores y sus bienes, según el artículo 768 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mientras está pendiente el proceso, pudiendo, incluso, no exigirse caución para su adopción.

Aunque es cierto que la generación puede ser consecuencia de un acto de agresión contra la mujer, en cuyo caso estaría justificada la competencia objetiva de los juzgados de violencia contra la mujer para determinar judicialmente la paternidad del agresor, no son estos casos los más usuales en este tipo de procedimiento. También podría iniciarse un proceso de este tipo cuando se descubra que la realidad de la generación biológica de un presunto hijo/a no coincide con la legalmente determinada cuando ya existe una orden de protección o una denuncia formulada por la mujer y madre contra el progenitor biológico (o no biológico, según los casos) en los Juzgados de Violencia contra la Mujer, requisito éste para determinar la competencia del JVSJ.

Durante los tres primeros trimestres del año 2006, se iniciaron 34 causas de esta naturaleza en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de toda España, según estadísticas publicadas por el Consejo General del Poder Judicial.

### *III.1.2. Procedimientos de nulidad, separación y divorcio.*

Se incluyen bajo este apartado los litigios contemplados en el artículo 770 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, incluyéndose, por tanto, los procedimientos contenciosos como los de mutuo acuerdo.

Esta normativa es aplicable tanto para supuestos matrimoniales como no matrimoniales pero, en éste último caso, sólo para solicitar la guarda y custodia de hijos menores y las pensiones alimenticias que el progenitor custodio solicita del otro. Pero dentro del ámbito de la violencia de género y de la L.O. 1/2004 de 28 de diciembre, este supuesto lo contemplaremos en otro apartado.

En un supuesto de violencia contra la mujer, lo primero que debe realizarse es una petición de Medidas Provisionales Previas. Distinguiremos entre los tres tipos de medidas contempladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, deteniéndonos algo más en las expresamente indicadas por ser las más solicitadas en estos conflictos.

#### **a) Medidas Provisionales Previas**

El artículo 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil será el que se aplique de manera inmediata cuando se pretenda demandar la nulidad, separación o divorcio. Se refiere a las denominadas **Medidas Provisionales Previas a la demanda de separación, divorcio o nulidad** que pueden instarse ante los Juzgados de Primera Instancia o de Familia (en las ciudades en las que éstos existan) del lugar donde tenga el domicilio el

interesado/a, sin necesidad de abogado y procurador, aunque sí necesitará esta asistencia para todo escrito y actuación posterior<sup>11</sup>. Si ya ha existido una orden de protección o han existido actuaciones penales por delito o falta, a consecuencia de un acto de violencia contra la mujer, entenderá el Juzgado de Violencia contra la Mujer.

Si no se han realizado ninguna de las actuaciones mencionadas en el párrafo anterior, esto es, orden de protección o actuaciones penales, pero existen razones de urgencia o necesidad, como podría ser una previsible situación futura de malos tratos o de violencia doméstica, ya sea solo entre los adultos o si abarca también a los hijos menores<sup>12</sup>, este es el procedimiento que deberá iniciarse por los cónyuges o por los progenitores de los hijos menores de edad (según el art. 770.6 de la LEC). No es necesario que se acrediten razones de urgencia ya que no es requerida ni en el art. 104 del C.C. ni en el art. 771 de la LEC y el Juzgado debe, en todo caso, resolver sobre las peticiones.

Debe tenerse en cuenta que las medidas previas, adoptadas mediante Auto, sólo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a su adopción, se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio o la petición de medidas definitivas en las relaciones paterno filiales. Si estas medidas previas, cuyo contenido examinaremos más adelante, hubieran sido adoptadas con ocasión de la solicitud a un Juzgado de Instrucción de una orden de protección, con anterioridad a la intervención de un Juez Civil –porque si actúa con posterioridad no podrá modificar las ya previamente establecidas por éste, aunque sí completarlas en virtud del art. 158 del C. Civil y en beneficio del menor– deben distinguirse dos supuestos previstos en el art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: i) si en el plazo de 30 días no se hubiera iniciado a instancia de la víctima un proceso civil, estas medidas quedarán sin efecto; ii) si en dicho plazo se hubiere incoado el procedimiento civil, las medidas subsistirán durante los 30 días siguientes a la presentación de la demanda y en éste término deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de primera instancia que resulte competente. Este órgano competente, tras la L.O. 1/2004, será el Juzgado de Violencia sobre la

<sup>11</sup> Si la persona interesada comparece en el Juzgado directamente, el órgano judicial debe poner en su conocimiento que puede ser asistido por letrado, existiendo un turno de oficio especial para su asesoramiento en el Colegio de Abogados con carácter permanente. Para ello hay un Convenio de colaboración entre el Ministerio de Justicia y el Colegio de la Abogacía Española para la implantación en los Colegios de Abogados de servicios de asistencia jurídica especializada a las víctimas de la violencia doméstica, de 29 de junio de 2000. A partir de la L.O. 1/2004, las víctimas de violencia de género, además de tener derecho a la información y asistencia social integral, tiene derecho a la asistencia jurídica gratuita (arts. 17, 18 y 20 de la Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género): se designará de forma urgente por los Colegios de Abogados, un Abogado que les asista en todos los procesos y procedimientos administrativos y tienen garantizada la asistencia de Procurador desde el primer momento.

<sup>12</sup> Demanda de separación o divorcio que, recordemos, se podrá instar inmediatamente después de la celebración del matrimonio, sin esperar los tres meses previstos con carácter general, cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio

<sup>13</sup> Así también lo señala María Constanza Ballesteros Moreno, en el capítulo “Tutela Judicial”, de la obra ARANDA, Elviro (Dir), “Estudios sobre la Ley Integral contra la Violencia de Género”, en VV.AA., Tutela judicial, en *Cuadernos Bartolomé de las Casas* núm 36, (2005) p 147

Mujer, que podrá mantener las medidas hasta la sentencia firme<sup>13</sup>. Si este JVM fue el que dictó la orden de protección, será también él quien entienda de las medidas cautelares y urgentes así como de todo el proceso civil de separación o divorcio<sup>14</sup>.

El Ministerio Fiscal será parte en el proceso civil siempre que alguno de los interesados sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal (art. 749.2 LEC). Por supuesto también lo será en el proceso penal ante el Juzgado de Instrucción o ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer

A la vista de la solicitud, el artículo 771 .2 de la LEC dispone que “el tribunal mandará citar a los cónyuges y, *si hubiere hijos menores o incapacitados*, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia, *en la que se intentará un acuerdo de las partes* y que se celebrará en los diez días siguientes. A dicha comparecencia deberán acudir el cónyuge demandado asistido por su abogado y procurador”<sup>15</sup>. En la práctica es frecuente el incumplimiento por los Juzgados civiles de este plazo de diez días quizás porque, aunque tengan establecido un turno especial de señalamientos, comienzan a suponer un elevado número en todos los juzgados. Una de las razones de este aumento podría ser que actualmente se solicitan de forma indiscriminada por numerosos abogados, ante la conocida tardanza en ser convocada la comparecencia de las medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda de separación, divorcio o nulidad prevista en el art. 773 de la LEC.

En la misma resolución que acuerda la celebración de la comparecencia, **si la urgencia del caso lo aconsejare**, podrá también acordar los efectos a que se refiere el art. 102 del CC y lo que considere procedente en relación con la custodia de los hijos y uso de la vivienda y ajuar familiares. Estas **medidas urgentes** deben pedirse de forma específica en la solicitud inicial, separadamente y con independencia de las medidas ordinarias previas que se resuelvan en la resolución que se dicte, poniendo fin al procedimiento. Son las siguientes:

- Las establecidas en el art. 102 del C.C. : la posibilidad de vivir separados y el cese de la presunción de convivencia conyugal, la revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro y el cese de la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.
- La guarda y custodia de los menores
- El uso de la vivienda y ajuar familiares

<sup>14</sup> En las conclusiones del II encuentro de Comisiones de Relaciones con la Administración de Justicia de los colegios de abogados, que se celebró en Barcelona el 21 y 22 de junio de 2007, publicadas en el último número de “Mon Jurídic”, revista del Colegio de Abogados de Barcelona, se reclama por los Colegios de Abogados de toda España, que los Juzgados de Instrucción vuelvan a asumir las competencias penales en la violencia sobre la mujer, y que se reserve a los JVM la adopción de medidas de protección a la víctima ya que éstos “no son operativos ni eficaces, ya que han provocado la dilación de los procedimientos, lo que comporta el fallo de la tutela judicial efectiva”.

<sup>15</sup> Se ha incluido en cursiva las modificaciones operadas en este artículo por la Ley 15/2005 de 8 de julio.

No se puede resolver nada sobre la patria potestad, el régimen de visitas, ni sobre alimentos a los menores o entre cónyuges, ni sobre otras cuestiones económicas, sin perjuicio de que pueda tratarse en el procedimiento de medidas previas, medidas provisionales o/y en el principal de separación, divorcio o nulidad.

Para poder adoptar estas medidas cautelares “inaudita altera parte”, deben concurrir los siguientes requisitos:

- una razón de urgencia que justifique la adopción de tales medidas siendo imprescindible que se aporte un principio de prueba sobre el peligro anunciado (riesgo de violencia doméstica y necesidad de proteger al cónyuge y a los hijos)
- la posibilidad real de oír a la otra parte contra quien se dirige la medida en el plazo más breve posible, dada la limitación y restricción de sus derechos, en especial del de defensa<sup>16</sup>.

Si estas **medidas** hubieran sido adoptadas por un Juez de Instrucción de Guardia (Reglamento 1/2005) en el transcurso de la adopción de una orden de protección, o por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, permite que, **además de las señaladas como urgentes por la legislación civil, se adopten otras** relativas al régimen de visitas, comunicación y estancias con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios (art. 544 ter 7) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). La L.O. 1/2004 incluye como novedades, en sus artículos 65 y 66, las siguientes (compatibles con otras medidas cautelares o de alejamiento):

- 1) El Juez podrá suspender para el inculcado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia respecto de menores<sup>17</sup>.
- 2) El Juez podrá ordenar la suspensión de visitas del inculcado por violencia de género a sus descendientes<sup>18 19</sup>.

---

<sup>16</sup> GONZÁLEZ, P, art cit p. 107.

<sup>17</sup> Según publica el CGPJ, en los tres primeros trimestres de 2006, se ha procedido a esta suspensión en 751 casos, en toda España. Las tablas distinguen los supuestos en que hubo Orden de Protección o no la hubo

<sup>18</sup> La instrucción de Fiscalía núm. 4/2004 recuerda que estas medidas deben ser de aplicación limitada a casos cuya gravedad o especial naturaleza así lo aconsejen. En el mismo sentido las Conclusiones de los fiscales de Violencia Doméstica (noviembre 2004) que rechazan el automatismo en la aplicación de estas medidas, que deben quedar reservadas, única y exclusivamente, cuando los menores sean víctimas directas del hecho delictivo o cuando la situación de violencia en el entorno familiar pueda afectar al libre desarrollo de su personalidad y haga conveniente la suspensión de todo contacto con el progenitor maltratador. Por el contrario, hay autores que sostienen que su no limitación a determinados supuestos de violencia (grave, reiterada) o al informe psico-social correspondiente, y pese a contener sólo una facultad del Juez (“podrá”), son elementos que parecen indicar que la regla general en estos procesos deberá ser la suspensión de las visitas (SANZ-DIÉZ DE ULZURRUN ESCORIAZA, Jaime; MOYA CASTILLA, José Manuel, *Violencia de Género. Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Una visión práctica*. Ed. Experiencia. Barcelona 2005, p.148-9)

<sup>19</sup> Según publica el CGPJ, se ha procedido a esta suspensión en 1639 casos, en toda España

También se prevé en el art. 64. 2 de la L.O. 1/2004, que el juez autorice a que la persona protegida concierte con una agencia o sociedad pública que incluya entre sus actividades la del arrendamiento de vivienda, la permuta del uso atribuido de la vivienda familiar de la que sean copropietarios, por le uso de otra vivienda, durante el tiempo y en las condiciones que se determinen. Durante el año 2006 ya se ha puesto en práctica esta medida, con un total de 91 casos en toda España, durante los tres primeros trimestres<sup>20</sup>. En este sentido, en el II Encuentro Institucional entre Jueces y Magistrados de Familia, con Fiscales, Secretarios Judiciales y representantes de la Asociación Española de Abogados de familia, organizado por el Consejo General del Poder Judicial, el pasado noviembre de 2005 se ha acordado que esta medida pueda ser adoptada por un Juzgado de Familia o de Primera Instancia siempre y cuando el mismo tenga competencia para el conocimiento del procedimiento civil<sup>21</sup>.

Ahora bien, estas últimas medias deberán adoptarse mediante Auto motivado en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad y, en todo caso, con la intervención del Ministerio Fiscal y respeto de los principios de contradicción, audiencia y defensa (art. 68), pudiéndose mantener tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen, constanding, en tal caso, en la sentencia (art. 69).

En cuanto a las Medidas Previas ordinarias, su contenido y su tramitación procesal al amparo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es la que debe regir el procedimiento, indicamos lo siguiente: en el acto de la comparecencia señalado por el Juzgado, si no hubiera acuerdo de los cónyuges sobre las medidas a adoptar, o éste, oído el Ministerio Fiscal, no fuera aprobado en todo o en parte por el tribunal, se oirán las alegaciones de los concurrentes y se practicará la prueba que éstos propongan y que no sea inútil o impertinente, así como la que el tribunal acuerde de oficio<sup>22</sup>. Si alguna

<sup>20</sup> Según publica el CGPJ, distinguiendo los casos en los que hay Orden de Protección y en los que no hay.

<sup>21</sup> Véase NINEROLA GIMÉNEZ, Isidro, "La violencia doméstica en el ámbito civil", en *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid, La Reforma del Derecho de Familia*, núm. 33, Mayo de 2006, pp.189-193

<sup>22</sup> Hay que tener en cuenta la L.O. 1/1996 de 15 de enero, de Protección del Menor: "El Menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad. 2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan trasmitirla objetivamente. 3. Cuando el menor solicite se oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos". En este sentido, la última reforma de la Ley 15/2005 añade un nuevo párrafo al final de la regla 4 del artículo 770 de la LEC, con la siguiente redacción:

*En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.*

Ha desaparecido, por el contrario, la obligación prevista en el art. 777, 5º de la LEC, de oír a los menores o incapacitados que tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de 12 años, en los procedimientos de

prueba no pudiere practicarse en la comparecencia, se señalará fecha para su práctica, en unidad de acto, dentro de los diez días siguientes. Este es el momento en que el abogado del solicitante que no contó con asesoramiento de letrado inicialmente, podrá y deberá, para no causar indefensión, completar, subsanar o modificar los hechos y las peticiones realizadas.

Finalizada esta comparecencia y la práctica de la prueba, el tribunal resolverá, en el plazo de tres días, mediante Auto, contra el que no se dará recurso alguno. El pronunciamiento deberá versar sobre los efectos y medidas que se refieren en los arts. 102 (ya visto) y 103 del C.C.<sup>23</sup> en concreto:

*1º Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.*

*Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez.*

*Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes:*

- a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.*
- b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiera expedido.*
- c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.*

No se podrá, por tanto, solicitar en esta medidas previas la privación de la patria potestad, que requiere una sentencia dictada en procedimiento contradictorio (art. 170 C.C.), o su determinación en la sentencia del procedimiento principal (art. 92.3 del C. C.)<sup>24</sup>, aunque sí podrá solicitarse si concurren circunstancias graves, que el ejercicio de la patria potestad se atribuya únicamente a uno de los progenitores.

Deberá tenerse en cuenta, para la fijación del régimen de visitas de los menores con el progenitor no custodio, el interés de los menores y si existe Auto de aleja-

---

mutuo acuerdo sobre los términos del convenio relativo a ellos. La Ley 15/2005 modifica el apartado 5 del artículo 777, previendo esta posibilidad a petición de parte:

*5. Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oír a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor.*

<sup>23</sup> Con la nueva regulación ha desaparecido el segundo apartado.

<sup>24</sup> Según última redacción por Ley 15/2005 de 8 de julio, se permite la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

miento dictado por un Juzgado de Instrucción bien sea solo respecto al cónyuge o también respecto a los hijos. Si la orden de alejamiento es solo respecto al cónyuge, deberán realizarse las entregas de los hijos a través de los puntos de encuentro familiar (PEF) o de alguna otra manera que impida el contacto entre los cónyuges. Las visitas se podrán limitar o suspender, conforme determina el art. 94 del CC, si existen circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por resolución judicial. Si se restringieran a unas horas o contando con la presencia de una tercera personal, la posibilidad de contar con estos puntos de encuentro es inestimable.

2º *Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno.*

Los menores gozan de una especial tutela legal en el art. 96 del C.C.

3º *Fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, incluidas, si procede, las “litis expensas”, establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro. Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad.*

No se deberán solicitar pensiones compensatorias, ya que no están previstas en el art. 103 del CC. Pero éstas sí podrán solicitarse como medida definitiva sobre la que deberá pronunciarse la sentencia de separación, divorcio o nulidad.

4º *Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo.*

5º *Determinar, en su caso, el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio.*

#### **b) Medias Provisionales Coetáneas**

Si estas medidas previas no hubieran sido solicitadas o hubieran quedado sin efecto por el transcurso de los 30 días previstos (si se han adoptado por un JVSM

se podrán prorrogar hasta la sentencia), se podrían solicitar con el escrito de demanda de separación, divorcio o nulidad, las medias provisionales del art. 773 de la LEC<sup>25</sup> y las medidas definitivas que vendrán determinadas en la sentencia de separación, divorcio o nulidad (art 774). El contenido de las medidas provisionales es exactamente igual que el de las medidas previas anteriormente expuestas (art. 103 del C. Civil).

### c) Medidas Definitivas

En cuanto a las medidas definitivas que debe contener la sentencia de separación, divorcio o nulidad, son las previstas en los artículos 90 y siguientes del C. Civil que sustituirán a las acordadas con carácter provisional:

- a. **El cuidado de los hijos sujeto a la patria potestad de ambos, y el ejercicio de ésta.** Hay que tener aquí en cuenta que se permite la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello<sup>26</sup>. También se prevé la posibilidad de guarda conjunta si lo solicitan ambos padres en la propuesta de convenio regulador o durante la tramitación del procedimiento o, incluso, a petición de uno solo de ellos, con informe favorable del Ministerio Fiscal, cuando el Juez entienda que de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor. Para ello se podrá recabar el dictamen de especialistas debidamente cualificados. Sin embargo, esta guarda conjunta no procederá 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. **El régimen de comunicación y estancia** de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos, e incluso con los abuelos previa audiencia de éstos y de los padres, siempre teniendo presente el interés del menor. Sin embargo, el art. 94 del C. Civil prevé que el Juez podrá limitar o suspender el régimen de estancia y comunicación, si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.
- c. **La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar** que, en defecto de acuerdo, corresponderá a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden (art. 96 del C. Civil). Si no hubiera hijos, podrá acordarse que el uso corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije, siempre que las circunstancias lo hiciera aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

---

<sup>25</sup> Remite al art. 771.

<sup>26</sup> El artículo 92.3 del C. Civil (según última redacción por Ley 15/2005 de 8 de julio)



- d. La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos de los hijos, así como las bases de actualización y garantías**<sup>27</sup>. Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que les sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes del C. Civil.
- e. La disolución del régimen económico matrimonial**<sup>28</sup>. Si el matrimonio fuera declarado nulo y además existe mala fe en uno de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial, las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte. Además tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el art. 97 del C. Civil.
- f. Compensación**, denominada anteriormente “pensión compensatoria”, cuando así se haya solicitado por alguna de las partes, a favor del cónyuge cuya separación o divorcio haya producido un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio. Tal compensación podrá consistir en una pensión de carácter temporal o por tiempo indefinido o en una prestación única<sup>29</sup> (art. 97 C. Civil) y se determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: 1º los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges; 2º la edad y el estado de salud; 3º la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo; 4º la dedicación pasada y futura a la familia; 5º la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; 6º la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal; 7º la pérdida eventual de un derecho de pensión; 8º el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge; 9º cualquier otra circunstancia relevante. También se fijarán las bases para su actualización y las garantías para su efectividad.

La última reforma del C. Civil (Ley 15/2005) introdujo la posibilidad de prestación única y la pensión de carácter temporal que, por otro lado, ya había sido admitida por el Tribunal Supremo<sup>30</sup>. También prevé el art. 99 que podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente por la constitución de una renta

<sup>27</sup> En su caso (art. 93 C. Civil)

<sup>28</sup> art. 95 del C. Civil.

<sup>29</sup> Entendemos que no se podrá solicitar conjuntamente una pensión compensatoria y una compensación única, ya que la expresión utiliza la conjunción disyuntiva “o”, pero sí de forma alternativa. La compensación única, según la reunión mantenida por jueces, secretarios judiciales y abogados de familia, en noviembre de 2005, será una cantidad a tanto alzado que, entendemos, deberá realizarse de una sola vez y no de forma aplazada, salvo que así se acuerde entre ambos o medie petición de parte. Todo ello teniendo en cuenta el art. 1169 del C. Civil que establece que “A menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación”

<sup>30</sup> Sentencias de 10 de febrero de 2005 y de 28 de abril de 2005 en las que se indica que la pensión compensatoria cumple una misión reequilibradora y se admite el carácter temporal, unificando así la doctrina disparta que existía en diversas Audiencias Provinciales.

vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero. Obsérvese que esta posibilidad cabría siempre que haya acuerdo y que podría aplicarse también a la compensación única. Esta pensión solo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge (art. 100 C. Civil) y se extinguirá por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona (art. 101). Pero no se extinguirá por el solo hecho de la muerte del deudor.

Todas las medidas que se adopten deberán serlo en interés y beneficio de los menores<sup>31</sup>. Estas medidas que podrán solicitarse en ejecución del procedimiento civil de separación, divorcio o nulidad, o en un procedimiento penal, o en uno de jurisdicción voluntaria, a petición del propio hijo, cualquier pariente, el Ministerio Fiscal o el Juez de oficio, son:

- las convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres;
- las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda;
- las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa; b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiera expedido; c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor;
- en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Con la nueva Ley 15/2005 de 8 de julio, se modifican, además, algunos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la Disposición final primera<sup>32</sup>.

La reforma operada por la Ley 15/2005 prevé que las partes, de común acuerdo, puedan solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el art. 19.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para someterse a mediación. Es decir, un método alternativo de resolución de conflictos, en la que un tercero neutral ayuda a las partes a negociar mutuamente para llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas partes. Sin embargo, según la L.O. 1/2004<sup>33</sup>, en todos los casos que entienda el Juzga-

<sup>31</sup> Con la L.O. 1/96 de Protección Jurídica del menor, de modificación parcial del C. Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el art. 158 del CC sufre una modificación.

<sup>32</sup> La regla 2.8 del artículo 770 sobre los posibles motivos de reconvencción; un nuevo párrafo final de la regla 4.8 del art. 770; una nueva regla 7 del art. 770; modificación de la redacción del apartado 2 del art. 771; se modifica el apartado 2 del art. 775; y, por último, también el apartado 2 y el 5 del art. 777. No vamos a examinar su contenido por no tener especial relevancia en orden a la violencia doméstica.

<sup>33</sup> artículo 44 que añade el art. 87 ter en la LOPJ, apartado 5 del mismo.

do de Violencia sobre la Mujer, esta vedada la mediación. Podría quizás entenderse que lo imposible es la mediación entre los propios cónyuges durante la tramitación de la comparecencia de medidas previas o provisionales o durante el juicio de separación o divorcio con las medidas definitivas y no el sometimiento a la intervención de un equipo especializado en mediación<sup>34</sup>.

Son, sin duda, estos procesos de separación y divorcio, con las medidas respectivas que se han expuesto, los que con más frecuencia han tratado en el año 2006 los JVM, según demuestran las estadísticas publicadas por el CGPJ<sup>35</sup>

### III.1.3. Procedimientos que versen sobre relaciones paterno filiales

Estos procesos se refieren a los derechos y deberes contemplados en el Título VII del Libro I del Código Civil, independientemente de la existencia o no de matrimonio entre los progenitores: Disposiciones generales (arts. 154 a 161); la representación legal de los hijos (arts. 162 y 163); los bienes de los hijos y de su administración (arts. 164 a 168); de la extinción de la patria potestad (arts. 169 a 171); y la adopción y otras formas de protección de menores (arts. 172 a 180).

Son litigios que afectarán al ejercicio de la patria potestad por parte de ambos progenitores cuando no llegan a una decisión conjunta en cuestiones tales como el centro escolar donde deben cursar los estudios los hijos menores de edad, los tratamientos médicos que deben seguir, las actividades extraescolares, formación complementaria, etc. También se decide en estos procedimientos la privación de la patria potestad y la administración de los bienes y derechos de los hijos. Juan Antonio Toro Peña, incluye en este apartado los relativos al derecho de visitas, estancias y comunicaciones de padre con hijos y los alimentos a favor de los hijos menores<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> En este sentido, el Comunicado del CGPJ sobre la necesidad de la implantación de la mediación familiar, tras el Encuentro entre Jueces y Magistrados de Familia, con Fiscales, Secretarios Judiciales y representantes de la Asociación Española de Abogados de familia, en el apartado VIII, se indica: “*En relación con la mediación familiar en situaciones de violencia, entendemos por unanimidad que no puede excluirse la mediación familiar de forma absoluta sin hacer distinción entre los casos en los que la violencia es efectivamente relevante, e incide en la posición de igualdad de las partes, de aquellos otros casos en los que el grado de violencia no afecta a la libertad de criterio de la víctima. Esta prohibición general vulnera el propio derecho de la víctima en los casos en los que ésta opte libre, y voluntariamente por aceptar un proceso de mediación, que puede resultar muy positivo, como demuestra el derecho comparado, como elemento de prevención de la violencia y como mitigador de sus perniciosos efectos para la víctima. Se deja constancia de que en esta materia relativa a sustracción e impago de alimentos el Derecho Internacional trabaja de forma clara en mediación familiar, como modo de solucionar este tipo de problemas en los que, en muchos casos, existen situaciones de violencia*”. (Texto en SepinNet Revista, Persona y Familia, Marzo 2006, nº 53 p. 35-6).

<sup>35</sup> Distinguen entre separaciones y divorcios consensuados o contenciosos, siendo éstos bastante más numerosos. Así, por ejemplo, los divorcios contenciosos iniciados en los nueve primeros meses de 2006 fueron 2993, mientras que los consensuados solo alcanzaron la cifra de 473. De entre las medidas iniciadas en 2006, previas, coetáneas y posteriores, las previas fueron 1198, las coetáneas 1086 y las posteriores 22.

<sup>36</sup> TORO PEÑA, Juan Antonio, “Desarrollo del Procedimiento en los Juzgados de Violencia contra la Mujer”, en VVAA, *Manual de Funcionamiento ante los Juzgados de Violencia contra la Mujer*, Madrid 2005, pp 87-90.

Durante los nueve primeros meses del año 2006, solo se han iniciado 20 procedimientos de esta naturaleza en toda España<sup>37</sup>

#### III.1.4. Procedimientos que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar

No existe un procedimiento civil específico en esta materia. Por esta razón algunos entienden que este apartado engloba un cúmulo heterogéneo de procedimientos dispares no concretados por el legislador: medidas provisionales previas o coetáneas, juicio verbal de alimentos entre pariente, visitas de abuelos, etc<sup>38</sup>. Otros opinan que este apartado prevé aquellos procedimientos que pretenden completar o modificar las medidas adoptadas como Previas así como modificar las medidas convenidas<sup>39</sup>. Otros, en fin, indican que en este apartado cabe incluir el proceso de modificación de medidas definitivas, siempre y cuando concurren todos los requisitos exigidos por el artículo 87 ter LOPJ porque así se defiende tanto en las Conclusiones del Seminario de Magistrados pertenecientes a Secciones Especializadas en Violencia de Género, como en las del Encuentro entre Abogados y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales<sup>40</sup>. En cuanto a los procesos de **modificación de las medidas definitivas**<sup>41</sup>, será competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, cuando concurren todos los requisitos exigidos por el art. 87 ter de la LOPJ. El II Encuentro Institucional de Jueces, Magistrados de Familia, Fiscales, Secretarios Judiciales y Asociación Española de Abogados de Familia y el Seminario de Magistrados con competencias exclusivas en Violencia de Género<sup>42</sup>, entienden que:

1º Aun cuando la sentencia haya sido dictada por el Juzgado de violencia sobre la Mujer, ha de entenderse que el Juzgado competente es el Juzgado de Familia o de Primera Instancia que corresponda si, cuando se presenta la demanda de modificación, ya se ha extinguido la responsabilidad penal, o se ha dictado auto de sobreseimiento o de archivo, o sentencia absolutoria. Por su carácter autónomo, la competencia ha de ser examinada *ex novo*, aunque hubiesen existido actuaciones en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, si las responsabilidades penales hubieran quedado extinguidas o sobreseídas.

<sup>37</sup> Según publica el CGPJ.

<sup>38</sup> En este sentido SANZ-DIEZ DE UZLUZRRUN ESCORIAZA, Jaime y MOYA CASTILLA, Manuel, o.c.p.130.

<sup>39</sup> Así lo indica TORO PEÑA, Juan Antonio, ib p.88 y 89.

<sup>40</sup> En este sentido DELGADO MARTÍN, Joaquín, "La competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la mujer", ponencia presentada en el 13 Encuentro de la Asociación de Abogados de Familia, El Derecho de Familia tras las reformas de 2005, que tuvo lugar los días 17 y 18 de marzo de 2006, p. 5.

<sup>41</sup> Procedimiento autónomo previsto en la LEC (art. 775 que tras la Ley 15/2005 remite al art. 770 de la misma Ley adjetiva, esto es, al juicio verbal con las modificaciones que en dicho precepto se integran.

<sup>42</sup> Madrid, 30 de noviembre a 2 de diciembre de 2005.

2º En el supuesto de que la sentencia de separación o divorcio se hubiese dictado por el Juzgado de Familia o de Primera Instancia, será competente, para conocer del procedimiento de modificación de medidas, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer si, cuando se presenta la demanda o en el transcurso del procedimiento, siempre antes del acto del juicio, se produce un acto de violencia sobre la mujer del que hubiera conocido dicho Juzgado de Violencia y cuando aún no se hubiera dictado auto de archivo, sobreseimiento, sentencia absolutoria o no se hubiera extinguido la responsabilidad penal en el caso de sentencia condenatoria. Durante los tres primeros trimestres del año 2005, se han iniciado 198 procedimientos contenciosos ante estos JVS<sup>43</sup>.

En lo que sí está de acuerdo mayoritariamente la doctrina es que en este apartado cabe incluir aquellos procesos iniciados por cualquiera de los miembros de una pareja de hecho sin hijos o con hijos mayores de edad: alimentos, la atribución del uso de la vivienda que ha constituido el hogar de la pareja o, incluso, según señala algún autor, pensión compensatoria, indemnización con base en el enriquecimiento injusto, medidas cautelares y liquidación de los bienes comunes<sup>44</sup>. Se ha entendido que, en una interpretación amplia del término familia, estos procedimientos tienen “trascendencia familiar”. Otra interpretación obligaría a apartar del conocimiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer este tipo de procesos civiles, aún cuando estuvieran claramente relacionados con situaciones de violencia de género<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Según publica el Consejo General del Poder Judicial.

<sup>44</sup> DELGADO MARTÍN, Joaquín, ib.; UTRERA GUTIÉRREZ, José Luis, “Los procesos de familia en la Ley integral contra la Violencia de Género. Prímea aproximación” en *Violencia Doméstica*, Sepin Guía Práctica p.86 y también en el II Encuentro Institucional entre Jueces y Magistrados de Familia, con Fiscales, Secretarios Judiciales y representantes de la Asociación Española de Abogados de familia, organizado por el Consejo General del Poder Judicial, el pasado noviembre de 2005. A esta opinión se unen los siguientes Magistrados: de la Sección 12, de Familia de la Audiencia Provincial de Barcelona, D. Pascual Ortuño Muñoz, D. Francisco Javier Osa Fernández, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 5, de Familia, de Bilbao, y Dña. Margarita Pérez-Salazar Resano, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 3, de Familia, de Pamplona, D. José Luis Utrera Gutiérrez, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 5, de Familia, de Málaga, Dña. Virginia de Sande Gil, Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Dña. Emelina Santana Páez, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 79 de Familia, de Madrid, según se manifiestan en SepinNet Revista, Persona y Familia, Marzo 2006, nº 53 p 11 y 12.

<sup>45</sup> Así lo pone de manifiesto la Circular núm. 4/2005 de la Fiscalía, p. 90, relativa a los Criterios de Aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, después de señalar que en la tramitación parlamentaria fueron desestimadas aquellas enmiendas que proponían ampliar las competencias civiles a “los procedimientos que versen sobre derechos entre las uniones estables de pareja” y no sólo a los que “versen sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores”. Según se deduce de la lectura de los debates parlamentarios parece que la asunción explícita de tales competencias por parte de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se producirá una vez estén reguladas las uniones estables, regulación sobre la que existen iniciativas legislativas en el Congreso”. También se manifiestan en sentido semejante los siguientes Magistrados: D. Joaquín Andrés Joven (Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 12, de Familia, de Palma de Mallorca), D. César Clavé Cobalán (Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Valencia), D. Ángel Luis Campo Izquierdo (Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm 8, de Familia, de Gijón), Dña. Mercedes Caso Señal (Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 19, de Familia, de Barcelona), D. Pedro Joaquín Herrera

Esta solución genera la paradoja de que los Juzgados de Violencia de Género, en relación con las parejas de hecho, tienen más competencias civiles que los Jueces de Familia, pues es evidente, a la vista de la redacción del art. 770.6 LEC, que los Jueces de Instancia, entre ellos los de familia (en tanto en cuanto no creen la Jurisdicción de Familia), no son competentes para conocer esas reclamaciones económicas, que se deben hacer por el juicio declarativo correspondiente ante el Juez de Instancia ordinario que por turno corresponda, observándose las normas generales de los juicios declarativos (arts. 248 y ss LEC). Por tanto, nos hallamos ante una concentración de competencias civiles, en unos juzgados penales incongruente con la inexistencia de una jurisdicción especializada en materia de Derecho de Familia<sup>46</sup>.

### III.1.5. Procedimientos que versen exclusivamente sobre la guarda y custodia de los hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores

Este apartado, que transcribe casi literalmente el apartado 4º del art. 748 de la LEC, se refiere a los procesos sobre medidas relativas a los hijos menores de parejas no matrimoniales, incluidos los referidos al régimen de visitas, estancia y comunicación del menor con el progenitor no custodio, así como la atribución del uso del domicilio familiar si procede, al estar englobadas las necesidades de habitación en el concepto de alimentos según el art. 142 del Código Civil. Éste es, también, el criterio de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª (456/2004) y de Orense (Sentencia de 4 de febrero de 2004).

El procedimiento judicial está regulado en el artículo 753 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que remite al juicio verbal (igual que el que se utiliza en los procesos de separación y divorcio anteriormente desarrollados), pero de la demanda se dará traslado al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la

---

Puentes (Magistrado de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas), D. Eduardo Hijas Fernández, (Presidente de la Sección 22, de Familia, de la Audiencia Provincial de Madrid), Dña. Susana Martínez González (Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 10,d e Familia, de Alicante), Dña. Mª Ángeles Núñez Bolaños (Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 17, de Familia, de Sevilla), D. Pascual Ortuño Muñoz (Magistrado de la Sección 12 de Familia de la Audiencia Provincial de Barcelona), D. Francisco Javier Osa Fernández (Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 5, de Familia, de Bilbao), Dña. Margarita Pérez-Salazar Resano (Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 3, de Familia, de Pamplona), D. Ramón Romero Navarro (Magistrado de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cádiz), Dña. Virginia de Sande Gil (Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid), Dña. Emelina Santana Páez (Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 79 de Familia, de Madrid), D. Javier Seoane Prado (Magistrado de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza), D. Juan Carlos Torres Ailhaud (Magistrado de Juzgado de Familia núm. 5 de Divisa, Juez Decano) y D. José Luis Utrera Gutiérrez (Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 5, de Familia, de Málaga) en SepinNet Revista, Persona y Familia, Marzo 2006, nº 53 pp. 5-18.

<sup>46</sup> En este sentido opina D. Ángel Luis Campo Izquierdo, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm 8, de Familia, de Gijón, D. Eduardo Hijas Fernández, Presidente de la Sección 22, de Familia, de la Audiencia Provincial de Madrid y D. Francisco Javier Osa Fernández, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 5, de Familia, de Bilbao.

Ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandadas, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días, conforme a lo establecido en el art. 405 de la LEC. Desde el punto de vista sustantivo, deben tenerse en cuenta los arts. 158 y siguientes del C. Civil, ya reseñados más arriba, en relación a las medidas a adoptar con respecto a los menores (alimentos, vivienda, guarda y custodia, régimen de visitas, privación o no de la patria potestad o/y de la guarda y custodia y/o de las visitas, etc).

En las estadísticas publicadas por el Consejo General del Poder Judicial, durante los nueve primeros meses del año 2006, se han iniciado 1242 procedimientos contenciosos y 137 consensuados, de esta naturaleza, ante el JVSM.

### III.1.6. *Procedimientos que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción*

Según el art. 177.2 del C. Civil, deberán asentir la adopción: 1ª el cónyuge del adoptante, salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente; 2ª los padres del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieren privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación. No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello. El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto. El procedimiento está regulado en el art. 781 de la LEC.

El procedimiento judicial de adopción se encuentra regulado en los arts. 1829 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que prevé que este asentimiento se preste ante la correspondiente Entidad pública, en documento público o en comparecencia ante el Juez (art. 1830 LEC). Pero si el asentimiento no se ha prestado anteriormente, los padres que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción, podrán comparecer ante el Tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente y manifestarlo así. Según BAYO DELGADO, la competencia funcional para conocer de este proceso corresponde al juez que tramita la adopción, como incidente de previo pronunciamiento<sup>47</sup>. El Tribunal, con suspensión del expediente, señalará el plazo que prudencialmente estime necesario para la presentación de la demanda, que no podrá ser inferior a veinte días ni exceder de cuarenta. Presentada la demanda, se tramitará con arreglo a lo previsto en el art. 753 de la LEC, esto es, el juicio verbal. Si no se presentara la demanda en el plazo fijado, se dictará auto dando por finalizado el trámite (art. 781 LEC).

No es fácil pensar en supuestos en los que puedan concurrir los requisitos del art. 87 ter de LOPJ<sup>48</sup>, salvo que la violencia se haya ejercido sobre el propio adoptando

<sup>47</sup> BAYO DELGADO, Joaquín, "Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", VVAA. *Manual de Formación Continuada*, editado por el CGPJ, Madrid 2001, pp. 689-90, Nota citada por DELGADO MARTÍN, Joaquín, o.c.p. 6

<sup>48</sup> Ver su contenido en nota 9.

—normalmente menor de edad— o sobre el cónyuge adoptante, ya separado de hecho sin acuerdo o sin fehaciencia. Pero si se dieran los requisitos, se altera la competencia objetiva para el conocimiento de este proceso de oposición una vez que se haya presentado la demanda dentro del plazo indicado en el párrafo anterior, conociendo del procedimiento de adopción el correspondiente Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Durante los nueve primeros meses del año 2006, no se ha iniciado en España ningún proceso de esta naturaleza en los JVS<sup>49</sup>.

### *III.1.7. Procedimientos que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores*

Se refieren estos procedimientos a los previstos en el art. 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para articular la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Es decir, aún cuando la oposición a las resoluciones emitidas por instituciones públicas debería tramitarse, en principio, una vez agotada la vía administrativa, ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso administrativo, este artículo instaura un procedimiento especial, de naturaleza civil, cuya finalidad es la de favorecer una oposición a este tipo de resoluciones ante los tribunales civiles que son, en definitiva, los que en última instancia han de decidir en materia de acogimiento familiar y adopción de menores. Son procedimientos en los que se puede pretender recuperar las funciones tutelares derivadas de la patria potestad, después de que se ha realizado una declaración de desamparo de un menor (la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material) y la asunción de la tutela por una Entidad Pública ex art. 172 del C. Civil. También en ellos se puede recurrir cualquier decisión en relación con el régimen de visitas del menor con sus progenitores.

El procedimiento prevé que se presentará un escrito inicial en el que sucintamente se expresará la pretensión y la resolución a que se opone. El Tribunal reclamará a la entidad administrativa un testimonio completo del expediente, que deberá ser aportado en el plazo de veinte días. Una vez recibido el testimonio del expediente administrativo, se emplazará al actor por veinte días para que se presente la demanda, que se tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 753, esto es, juicio verbal.

Si se dieran los requisitos del art. 87 ter de LOPJ, la competencia para la tramitación de estos procedimientos la tendría el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, como ya se ha indicado en el apartado anterior. Solamente ha sido iniciado un procedimiento de esta naturaleza en toda España, durante los tres primeros trimestres del año 2006<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Según estadísticas publicadas por el CGPJ.

<sup>50</sup> Según estadísticas publicadas por el CGPJ.



### III.1.8. Otros supuestos no contemplados en la norma

Incluimos en este apartado los procedimientos de ejecución de sentencia y de liquidación de la sociedad de gananciales.

Respecto al primero, debe aplicarse el art. 545.1 de la LEC, que determina que la competencia para la **ejecución de las resoluciones judiciales**<sup>51</sup>, corresponde al tribunal que conoció del asunto en primera instancia. Por tanto, si en alguno de los procedimientos civiles que se han expuesto en los apartados anteriores entendió el Juzgado de Violencia contra la Mujer, la competencia para conocer sobre la ejecución de las resoluciones judiciales corresponderá a éste. Sin embargo, si actuaron los Juzgados de Primera Instancia o de Familia, serán éstos los competentes aún cuando en el transcurso de la ejecución pueda cometerse algún acto de violencia contra la mujer. Así se han manifestado también en el II Encuentro Institucional de Jueces, Magistrados de Familia, Fiscales, Secretarios Judiciales y Asociación Española de Abogados de Familia, organizado por el Consejo General del Poder Judicial el mes de noviembre de 2005.

En cuanto a los procedimientos de **liquidación de la sociedad de gananciales**, no existe uniformidad de criterios. Según el Encuentro al que hemos hecho referencia en el párrafo anterior, el régimen aplicable es el establecido en el art. 807 de la LEC, esto es, si el Juzgado de Violencia sobre la mujer dictó la sentencia de separación, divorcio o nulidad matrimonial, será el único competente para tramitar el procedimiento de liquidación del régimen matrimonial. Si la sentencia la hubiera dictado el Juzgado de Primera Instancia o de familia, será éste el competente aún cuando hubiera un acto de violencia doméstica con posterioridad a la firmeza de la sentencia dictada. También especifican que “cuando iniciado un procedimiento de separación en el Juzgado de Familia o de Primera Instancia, e iniciado al mismo tiempo el procedimiento de liquidación de gananciales, si antes de iniciarse el juicio, se produce un hecho de violencia, el Juzgado de Familia o de Primera Instancia se inhibirá a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, si bien continuará conociendo del procedimiento de liquidación si ya se ha iniciado la comparecencia de inventario.

Sin embargo, en el II Seminario de los Jueces de Violencia sobre la Mujer con competencias exclusivas<sup>52</sup>, se defendió que el procedimiento de liquidación no se encuentra comprendido en la relación del número 2 del artículo 87 de la LOPJ y que, por tanto, no sería en ningún caso competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer.<sup>53</sup>

<sup>51</sup> Las más usuales son la actualización de pensiones alimenticias o compensatorias, reclamación de pensiones impagadas o gastos extraordinarios, incumplimiento del régimen de visitas, etc.

<sup>52</sup> II edición, Santander 20 y 21 de octubre de 2001.

<sup>53</sup> En este sentido se manifestó la Magistrado del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 3 de Madrid, en la Jornada sobre los procesos matrimoniales organizado por el Centro de Estudios Jurídicos Colex, el 10 de febrero de 2006, en su ponencia “Problemática de la Ley de Violencia de Género desde el punto de vista civil y penal”. Además, indica, con buen criterio, que el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales no deriva solo de la separación, divorcio o nulidad, sino también puede provenir de los supuestos contemplados en el art. 1393 del C. Civil.

Según las estadísticas publicadas por el CGPJ, durante los nueve primeros meses del año 2006, se han iniciado, ante los JVSM, sólo 19 procedimientos de liquidación de gananciales en toda España.

### III.2. Competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer: Requisitos subjetivos

Estos Juzgados tendrán, de forma exclusiva y excluyente, competencia en el orden civil, cuando concurran simultáneamente los siguientes requisitos:

– Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1.ª del artículo 87 ter de la LOPJ<sup>54</sup>.

Aunque la expresión “víctima” podría no estar como tal definida o delimitada en una primera fase procesal y, por tanto, no habría certeza de su condición de víctima, bastaría con la presunción inicial, consecuencia de la denuncia de alguno de los hechos previstos en dicho artículo. Se incluyen aquí tanto las conductas que constituyen delito como falta<sup>55</sup>.

– Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.

El concepto de imputado, aunque es propio de un proceso penal instruido por delito y no por falta, sólo exige que exista al respecto alguna resolución judicial que le confiera oficialmente tal carácter, ya sea la admisión a trámite de la denuncia o querrela, o simplemente la citación para declarar en calidad de posible responsable por algún delito o falta cuando los cargos aparecen en cualquier otra diligencia. Es decir, ha de haber un filtro judicial para adquirir la cualidad de sujeto pasivo del proceso penal<sup>56</sup>. Consecuencia lógica, por otra parte, ya que en los procesos por faltas no existe formalmente un juicio de imputabilidad con anterioridad al acto de la vista.

---

<sup>54</sup> “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”.

<sup>55</sup> Porque, siguiendo la argumentación jurídica del Auto de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1ª, de 14 de febrero de 2006, así se deduce de la interpretación conjunta del artículo 87 ter b) LOPJ ya que, de otro modo, sería contradictoria con la alusión a las faltas del art. 87 ter d) y, además, es la interpretación más coherente con toda la regulación de la Ley Integral, que tiende a la protección de las víctimas cualquiera que sea la gravedad de la conducta agresora

<sup>56</sup> Así lo pone de manifiesto la Circular núm. 4/2005 de la Fiscalía, p. 92

### III.3 Competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer: Requisitos de actividad

Estos requisitos son que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.

En cuanto al **tipo de procedimiento** incoado, bastará cualquiera de los previstos en la legislación procesal penal: jurado, sumario, diligencias previas de procedimiento abreviado, diligencias urgentes de juicio rápido o juicio de faltas, conforme lo evidencia el apartado 3 d) del art 87 ter de LOPJ.

En cuanto a la **fase procesal de la causa penal**, sólo exige la iniciación, lo que supone que se haya dictado el oportuno auto de incoación, admitiendo a trámite la denuncia o querrela.

A diferencia de lo que ocurre con el proceso civil, en el que se establece como límite para la pérdida de competencia del Juez civil, que no se haya iniciado la fase del juicio oral (como concretaremos más adelante), en el proceso penal, que atrae la competencia de aquél (de forma exclusiva y excluyente) en lo que se ha llamado por la doctrina “vis atractiva”, no se prevé ninguna limitación equivalente en su iter procesal.

Siguiendo la Guía Práctica de la L.O 1/2004, elaborada por el Grupo de expertos del Observatorio de la Violencia Doméstica y de Género, designados por el Consejo General del Poder Judicial, distinguimos varios supuestos:

- a) Presentación de la demanda antes del inicio del proceso penal: La competencia para conocer del proceso de familia corresponde al Juzgado Civil correspondiente.
- b) Presentación de la demanda después de que se haya iniciado el proceso penal ante un Juzgado de violencia sobre la mujer: El Juzgado de Violencia sobre la Mujer asumirá la competencia sobre el asunto de familia siempre que concurren todos los restantes requisitos exigidos por el art. 87 ter de la LOPJ. A estos efectos el proceso penal se habrá iniciado con la admisión a trámite de la denuncia o de la querrela<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> Hay que tener en cuenta que, como señala la Circular de la Fiscalía 4/2005, en ocasiones el proceso civil se enjuiciará antes que el penal, habida cuenta que en el proceso penal el Juez de Violencia necesariamente perderá su competencia funcional –salvo en supuestos de conformidad en juicio rápido o juicios de faltas, pudiendo ocurrir que la sentencia civil se dicte sobre la base de unos hechos penales que posteriormente el órgano de enjuiciamiento criminal no considere probados (son conocidos los problemas de prueba en estos delitos cuando las víctimas optan por no declarar o se retractan en sus declaraciones). Al hilo de esta cuestión acertadamente se han introducido en el texto definitivo de la Ley dos nuevos preceptos (arts. 53 y 55) que prevén la remisión al Juzgado de Violencia sobre la Mujer que hubiera instruido la causa del testimonio de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal o la correspondiente Sección de la Audiencia Provincial, de forma inmediata, con indicación de si la misma es o no firme, y, en su caso, de la sentencia de segunda instancia cuando la misma fuera revocatoria, en todo o en parte.

- c) Presentación de la demanda posterior a una sentencia absolutoria o auto de archivo o sobreseimiento dictados en el proceso penal (arts. 637.1 y 3, 641, 779.1 y 789.3 de la LECrim), siempre que sea firme: Será competente el Juzgado de Primera Instancia (o de Familia en su caso) al no concurrir uno de los requisitos exigidos por el art. 87 ter 3 de la LOPJ<sup>58</sup>.
- d) Presentación de la demanda posterior a una sentencia condenatoria dictada en el proceso penal, siempre que sea firme: El Juzgado de Violencia sobre la Mujer será competente para conocer el proceso de familia que se inicie siempre hasta la extinción de la responsabilidad penal por alguna de las causas del art. 130 del C. Penal<sup>59</sup>.

### III.4 Pérdida de la competencia del Juzgado Civil

También por Ley Orgánica 1/2004, se ha añadido el art. 49 bis en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, que establece un triple mecanismo para la asunción de competencia por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, sobre los procesos civiles que se encuentran en trámite. Se distingue en este artículo los supuestos de inhibición del Juez Civil ante el Juzgado de Violencia sobre la mujer; de denuncia de los hechos que supongan comisión de un acto de violencia contra la mujer; y de requerimiento de inhibición que realizará el Juzgado de Violencia sobre la mujer al Tribunal Civil que esté conociendo de una causa matrimonial:

*“1. 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*

---

<sup>58</sup> La Circular de Fiscalía anteriormente citada distingue: i) Si se ha dictado sentencia absolutoria, se ha archivado porque no existen indicios racionales de la comisión del hecho o se ha sobreseído provisionalmente porque no está debidamente justificada la perpetración del delito o porque no hay motivos suficientes para acusar a quien es parte en el procedimiento civil, no cabrá la inhibición del pleito civil a favor del Juez de Violencia sobre la Mujer (aun cuando la resolución no sea firme por hallarse pendiente del recurso planteado contra dicha decisión) en tanto subsistan las mismas circunstancias, pues faltaría uno de los presupuestos del art. 87 ter 3 LOPJ; ii) Si se ha sobreseído porque el denunciado, que a la vez es parte civil, no ha podido ser citado o se encuentra en rebeldía, procederá la inhibición, si bien el procedimiento civil, a diferencia del penal, podrá continuar su tramitación en rebeldía del demandado.

En este sentido, el art. 10.1 del RD 355/2004 de 5 de marzo, regulador del Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, dispone que el encargado del registro procederá a cancelar los datos anotados en relación con los procedimientos penales en los que se dicte auto de archivo o sobreseimiento, o su finalización por sentencia absolutoria.

<sup>59</sup> También la Fiscalía señala que la falta de previsión legal acerca de un límite temporal no puede conducir al absurdo de que por el hecho de haber instruido una causa por violencia de género, el Juez de Violencia sobre la Mujer deba conocer de los procesos civiles iniciados por la misma pareja (v.gr. modificación de medidas), incluso años después, debiendo operar como límite el momento de extinción de la responsabilidad penal por alguna de las causas previstas en el art. 130 del C. Penal, incluido el cumplimiento de la condena. En el mismo sentido se pronuncian el II Encuentro de Jueces, Magistrados de Familia, Fiscales, Secretarios Judiciales y Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia.

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”.

La remisión de las actuaciones se realiza **sin previa audiencia de parte** (*inaudita parte*). Se pretende con este traslado al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, como se afirma en la exposición de motivos de la Ley, conseguir una mayor y más inmediata y eficaz protección de la víctima<sup>60</sup>.

El límite temporal a la pérdida de competencia por el Juzgado Civil, según el último inciso será **“hasta que se haya iniciado la fase de juicio oral”**. Aunque es cierto que esta expresión es más propia de un procedimiento penal (fase de celebración del juicio tras los escritos de acusación) que de uno civil, lo cual dio lugar a dudas sobre si se refería al proceso civil o proceso penal, la posición mayoritaria en la actualidad interpreta que **se refiere al proceso civil**. Esta interpretación es la defendida por resoluciones judiciales así como por la Guía Práctica del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, la Circular 4/2005 de la Fiscalía del Estado<sup>61</sup>, las Conclusiones del II Encuentro entre Jueces y Magistrados de Familia, con Fiscales, Secretarios Judiciales y representantes de la Asociación Española de Abogados de familia y las Conclusiones del Seminario de Magistrados pertenecientes a Secciones Especializadas en Violencia de Género (Madrid)<sup>62</sup>.

Las conclusiones de los Magistrados de las Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en Violencia de Género<sup>63</sup>, en conformidad también con la Guía Práctica elaborada por los Expertos del Observatorio designados por el CGPJ, entienden que si ya se ha señalado el juicio oral o la comparecencia para ratificación del convenio de mutuo acuerdo, no procede la inhibición. Si se frustra el procedimiento civil cuando ya se ha celebrado cualquiera de esos dos momentos procesales y aquélla debe quedar a expensas del señalamiento por el Juzgado de Violencia sobre

<sup>60</sup> Esto ha sido criticado por CUBILLO LOPEZ, Ignacio, en “Los juzgados de violencia sobre la mujer y la determinación de su competencia”, en VV.AA. *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, p. 157, nota 49, quien a su vez cita a GASCÓN INCHAUSTI, F., *El tratamiento procesal de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2005 p.145.

<sup>61</sup> Señala la Fiscalía que en el Proyecto de Ley se introdujo una limitación, no prevista inicialmente en el Anteproyecto y que se ha mantenido en la redacción final, 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 la sentencia y quien, por tanto, sea el funcionalmente competente para la ejecución. Por la misma razón los procedimientos civiles que se encuentren en ejecución en el momento de entrada en vigor de la Ley continuarán siendo competencia de los órganos que vinieran conociendo de los mismos (Disp. Transitoria 1ª)

<sup>62</sup> En sentido contrario opina CUBILLO LÓPEZ, I, o.c. p. 155, argumentando en su apoyo Los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª, de 3 de octubre de 2005 (JUR 2005/241883); 16 de marzo de 2006 (JUR 2006/148858) y 22 de marzo de 2006 ( AC 2006/428).

<sup>63</sup> P. 12 de dicho documento que puede verse en Internet [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es).

la Mujer, quedaría perjudicada. En consecuencia, si ya ha acontecido la resolución judicial civil fijando fecha (mediante providencia)<sup>64</sup>, todo lo que acontezca posteriormente, incluida la ejecución civil (vía art. 545.1 de LEC), es competencia del juez civil. Entenderlo de otro modo sería admitir la suspensión de la vista por causa no prevista en el art. 188 de la LEC.

Sin embargo, la Circular de la Fiscalía 4/2005<sup>65</sup> y las Conclusiones del II Encuentro entre Jueces y Magistrados de Familia, con Fiscales, Secretarios Judiciales y representantes de la Asociación Española de Abogados de familia, consideran que deberá entenderse iniciada la fase del juicio oral, cuando el procedimiento haya llegado a la celebración de la vista prevista en el artículo 443 de la LEC, tras la cual el Juez deberá 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 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), salvo que acuerde la práctica de la prueba.

*“2. Cuando un Juez que esté conociendo de un procedimiento civil, tuviese noticia de la posible comisión de un acto de violencia de género, que no haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal, ni a dictar una orden de protección, tras verificar que concurren los requisitos del apartado 3 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá inmediatamente citar a las partes a una comparecencia con el Ministerio Fiscal que se celebrará en las siguientes 24 horas a fin de que éste tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos acaecidos. Tras ella, el Fiscal, de manera inmediata, habrá de decidir si procede, en las 24 horas siguientes, a denunciar los actos de violencia de género o a solicitar orden de protección ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente. En el supuesto de que se interponga denuncia o se solicite la orden de protección, el Fiscal habrá de entregar copia de la denuncia o solicitud en el Tribunal, el cual continuará conociendo del asunto hasta que sea, en su caso, requerido de inhibición por el Juez de Violencia sobre la Mujer competente”.*

La Circular de la Fiscalía 4/2005 pone de manifiesto que el legislador ha pretendido agilizar al máximo el procedimiento, previendo la celebración de una comparecencia urgente, exigiendo la máxima celeridad al Juez (en la celebración de la convocatoria) y el Fiscal (en la interposición de la denuncia). El precepto exige que el Juez Civil verifique que concurren los requisitos del apartado tercero del art. 87 ter LOPJ antes de convocar la comparecencia.

---

<sup>64</sup> En este sentido también la Sentencia de 7 de diciembre de 2005 de la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

<sup>65</sup> p. 97

Según las Conclusiones del II Encuentro entre Jueces y Magistrados de Familia, con Fiscales, Secretarios Judiciales y representantes de la Asociación Española de Abogados de familia, a esta comparecencia se debe citar, además del Ministerio Fiscal a todas las partes personadas que deberán comparecer debidamente asistidas y representadas. En consecuencia, si aún no está personado en autos el demandado, no será necesaria su citación. En el supuesto de que no comparezca la mujer a la comparecencia, la misma se dará por terminada y el Ministerio Fiscal, a la vista de lo actuado, decidirá lo procedente en cuanto a la presentación de la denuncia o de la Orden de Protección ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente. Si iniciado el juicio civil, llega a conocimiento del tribunal la existencia de un hecho de violencia sobre la mujer, no procederá la celebración de la comparecencia prevista en este artículo, sin perjuicio de dar traslado al Ministerio Fiscal a los efectos legales oportunos.<sup>66</sup>

A diferencia del supuesto previsto en el número anterior-en el que el Juez Civil ha de inhibirse directamente a favor del Juez de Violencia sobre la Mujer- en este caso debe esperar a ser requerido por éste continuando hasta tanto con la tramitación del pleito. Con dicha cautela se persigue evitar inhibiciones dudosas y demoras en la tramitación del pleito civil, otorgando al Juez de Violencia sobre la Mujer preferencia a la hora de determinar su competencia dada la mayor trascendencia de los intereses en juego en el proceso penal (art. 44 y 87 ter 4 LOPJ). Aunque no se recoge expresamente en el apartado 2 del nuevo art. 49 bis LEC, se entiende que tal preceptiva inhibición sólo podrá tener lugar, al igual que en el número anterior y por las mismas razones, hasta la fase del juicio oral.

También indica la mencionada Circular que nada impide que, en virtud del art. 158 del C. Civil, se pueda adoptar por el Juez alguna medida si es preciso salvaguardar el interés de un menor.

En cuanto a la denuncia o solicitud de orden de protección por el Fiscal ante el Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente, la Circular de la Fiscalía entiende que, pese a la dicción literal del art. 49 bis 2. LEC, la solicitud de orden de protección o de medidas urgentes del art. 13 LECrim podrá efectuarse ante el Juez del lugar de comisión de los hechos (art. 15 bis LECrim) o el Juez de guardia más próximo si concurren razones de urgencia que así lo impongan (art. 40 Reglamento de Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales)<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> Dña. Emelina Santana Paéz, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 79 (familia) de Madrid, comentó en las Jornadas sobre los Procesos Matrimoniales, organizada por el Centro de Estudios Jurídicos Colex, el 10 de febrero de 2006, que en su Juzgado se habían celebrado cuatro comparecencias hasta la fecha convocadas tras la lectura del escrito de demanda. Entiende que aunque no es una comparecencia penal, se les debería advertir de su derecho a no declarar puesto que se les está interrogando sobre la posible comisión de un delito. También indicó la problemática que puede surgir en el seno de las relaciones familiares si tras dicha comparecencia no se obliga al cese de convivencia.

<sup>67</sup> Es decir, como muy pone de manifiesto dicha Circular, podrán concurrir sucesivamente hasta tres fueros territoriales distintos: uno en el procedimiento civil inicialmente instado (lugar del domicilio conyugal, de resi-

Por último, la expresión “Tribunal Civil” se refiere al órgano jurisdiccional de Primera Instancia o de Familia y no en su acepción más precisa de “órgano colegiado” o Audiencia Provincial.

*“3. Cuando un Juez de Violencia sobre la Mujer que esté conociendo de una causa penal por violencia de género tenga conocimiento de la existencia de un proceso civil, y verifique la concurrencia de los requisitos del apartado 3 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, requerirá de inhibición al Tribunal Civil, el cual deberá acordar de inmediato su inhibición y la remisión de los autos al órgano requirente.*

*A los efectos del párrafo anterior, el requerimiento de inhibición se acompañará de testimonio de la incoación de diligencias previas o de juicio de faltas, del auto de admisión de la querrela, o de la orden de protección adoptada”.*

Este supuesto sería el mismo del apartado primero, si bien contemplado desde la posición del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, el cual debe requerir de inhibición al Juez Civil desde el mismo momento en que tenga conocimiento de que concurren los requisitos del art. 87 ter LOPJ. La inhibición del Juzgado de Primera Instancia o de Familia debe ser inmediata, sin audiencia de las partes, y de carácter imperativo no pudiendo, por tanto, plantearse cuestiones de competencia objetiva entre ellos. La ausencia de expresión “hasta el juicio oral” debe entenderse en el mismo sentido que el apartado segundo del art. 49 bis LEC.

*“4. En los casos previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo, el Tribunal Civil remitirá los autos al Juzgado de Violencia sobre la Mujer sin que sea de aplicación lo previsto en el artículo 48.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo las partes desde ese momento comparecer ante dicho órgano.*

*En estos supuestos no serán de aplicación las restantes normas de esta sección, ni se admitirá declinatoria, debiendo las partes que quieran hacer valer la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer presentar testimonio de alguna de las resoluciones dictadas por dicho Juzgado a las que se refiere el párrafo final del número anterior”.*

La regulación establecida en este número 4 supone una derogación del régimen general de competencia objetiva de los Juzgados de Primera Instancia, no siendo aplicables las normas previstas en los arts. 48.3 y 49 de la LEC.

En efecto, el legislador ha optado por la inhibición de oficio, *inaudita parte*, a fin de agilizar este trámite, por lo que sólo cabrá que los disconformes acudan a la vía del recurso de apelación (art. 66.1 LEC)<sup>68</sup>.

---

dencia del demandado, etc), otro en la adopción de las medidas cautelares (lugar de comisión del hecho o lugar de solicitud) y otro en el momento final de conocimiento por el Juez de Violencia sobre la Mujer (lugar del domicilio de la víctima)

<sup>68</sup> Según la Circular de la Fiscalía 4/2005, en el supuesto del número 1º del art. 49 bis, el Juez Civil podría acordar la inhibición desconociendo que el asunto penal que la motiva ha sido archivado o ha recaído sentencia absolutoria firme, lo que daría lugar a la devolución de los autos civiles al Juez de Primera Instancia o de



Cuando sean las partes las que quieran hacer valer la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, no podrán denunciar la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia mediante declinatoria tal como prevé el art. 49 LEC, sino adjuntando a la solicitud testimonio de la incoación de diligencias previas, o de juicio de faltas, del auto de admisión de la querrela o de la orden de protección adoptada. Si no acoge la pretensión de inhibición, su decisión sólo será recurrible en reposición, sin perjuicio de la posibilidad de alegar la falta de competencia objetiva en la apelación contra la sentencia definitiva (art. 66.2 LEC)<sup>69</sup>

*“5. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer ejercerán sus competencias en materia civil de forma exclusiva y excluyente, y en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil”.*

Solamente indicamos, de nuevo, porque ya hemos hecho referencia a ello en los apartados anteriores, que los procesos civiles de los que conozcan los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, se tramitarán conforme a los procedimientos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Los recursos previstos también se registrarán por esta Ley procesal. En cuanto al recurso de apelación, podrá conocer del mismo una sección especializada de la Audiencia provincial, en aquellos partidos donde lo exija el volumen de asuntos (art. 46 de la L.O 1/2004).

### III.5. Pérdida de la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer

La LO 1/2004 deja sin resolver qué efectos produce la finalización del proceso penal sin declaración de responsabilidad criminal (sentencia absolutoria, auto de archivo o sobreseimiento firme) en la competencia civil del Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

La Circular de la Fiscalía 4/2005 manifiesta que no puede mantenerse una interpretación favorable a la pérdida de competencia sobrevenida del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, a favor del de Primera Instancia, ya que implicaría una alteración

---

Familia con la consiguiente demora en la tramitación del procedimiento civil, por lo que convendría en estos casos hacer una indagación previa acerca del estado procesal de la causa penal, en la medida que fuera posible, antes de acordar la remisión de los autos civiles (p. 104).

<sup>69</sup> En este sentido CUBILLO LÓPEZ, I, o.c. p. 157-8, indica que “si alguna de las partes efectúa tal petición en el modo en que se indica –presentando uno de los testimonios referidos-, no puede negarse a la parte contraria la oportunidad de alegar al respecto, aun sin los plazos y efectos suspensivos de la declinatoria (arts. 64-65 LEC), y ello por pura exigencia de los principios de contradicción e igualdad”. También entiende que “tampoco cabe privar a la parte de la oportunidad procesal de intervenir, cuando la decisión se tome ex officio, de modo que si no se permite un trámite previo de alegaciones (como el del art. 48.3 LEC), al menos las partes han de poder recurrir el auto de inhibición. El art. 49 bis LEC nada señala sobre el particular, por lo que, a nuestro juicio, puede aplicarse la norma prevista con carácter general para la abstención del Juez por falta de competencia objetiva, el art. 66.1 LCE, que establece que, contra dicho auto, “cabrá recurso de apelación”. Esta norma no pertenece a la sección legal cuya aplicación se excluye en el art. 49 bis 4 II LEC, sino que forma parte de un capítulo distinto”.

de la competencia no prevista legalmente. En sentido semejante se pronuncia la Guía Práctica de Expertos del Observatorio contra la Violencia doméstica y de Género designados por el CGPJ, así como los documentos de conclusiones del II Encuentro entre Jueces y Magistrados de Familia, con Fiscales, Secretarios Judiciales y representantes de la Asociación Española de Abogados de familia.

Como señala DELGADO MARTÍN, si se permitiese esta pérdida de competencia, resultaría contrario a la *perpetuatio iurisdictionis*, llevaría consigo una importante quiebra del principio de economía procesal, y sería contrario al principio de seguridad jurídica que establece el art. 9.3 CE, ante la ausencia de una norma legal expresa que permita una modificación de la competencia por alteraciones fácticas sobrevenidas. Supondría un menoscabo del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley y podría afectar al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), por el nuevo retraso que puede suponer en la tramitación del proceso<sup>70</sup>.

En definitiva, si el Juzgado de Violencia sobre la Mujer ha admitido a trámite el proceso civil por estimar que concurren todos los requisitos de los apartados 3 y 4 del art. 87 ter LOPJ, posteriormente no perderá la competencia sobre el asunto civil pese a que el proceso penal se archive, se sobresea o se dicte sentencia absolutoria.

### III.6. Inadmisión de la pretensión porque los actos no constituyen notoriamente violencia de género

El apartado 4 del art. 87 ter de la LOPJ prevé la posibilidad de no admitir la pretensión cuando se aprecie que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género en el sentido del art. 1.3 de la LO 1/2004.

En cuanto al significado de la expresión “forma notoria” es suficiente recordar que la notoriedad es la cualidad que el Tribunal atribuye a un hecho en razón de su general conocimiento como positiva o negativamente cierto. En consecuencia, considera innecesaria toda prueba sobre el mismo ya que, en el proceso civil, los denominados hechos notorios están exentos de prueba cuando dicha notoriedad es absoluta y general (art. 281-4 LEC)<sup>71</sup>.

<sup>70</sup> DELGADO MARTÍN, Joaquín, art.cit .p. 19. También señala que desde distintos ámbitos se recomienda al legislador que contemple la posibilidad de introducir esta causa de pérdida de competencia (finalización del proceso penal sin condena) por el Juzgado de Violencia sobre la mujer, puesto que ya parece injustificada la necesidad de su intervención excepcional y accesoria a la penal en un tema exclusivamente civil, sin perjuicio de modular aquella causa de pérdida de competencia de manera que no se perjudique a la mujer (Conclusiones del II Seminario de Formación de Jueces de Violencia sobre la Mujer con competencias exclusivas –Santander y Conclusiones del Seminario de Magistrados pertenecientes a Secciones Especializadas de Violencia de Género –Madrid). En el mismo sentido CUBILLO LÓPEZ, I, o.c. p.159

<sup>71</sup> MUERZA ESPARZA, Julio, “Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos jurídico penales, procesales y laborales”, AAVV, Capítulo Segundo sobre Aspectos Procesales, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) p. 60.

La conclusión del Observatorio del CGPJ es que la expresión “de forma notoria” se relaciona con el art. 87 ter de la Ley Orgánica de 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, adicionado por el artículo 44 de la Ley Integral, de tal modo que si el Juez aprecia que no se trata de ninguno de los delitos y personas relacionados con este artículo, podrá no admitir la pretensión.

MAGRO SERVET indica que no se entiende como una valoración que pueda hacer el Juez de Violencia de la denuncia en el sentido de comprobar la veracidad o inveracidad de la denuncia a *limine litis*, sino su inclusión en el listado de los delitos de violencia de género; es decir, no se refiere a un análisis apriorístico de la denuncia que pudiera impedir, por ejemplo, la tramitación de la separación o divorcio por el Juez de Violencia<sup>72</sup>.

Sin embargo, según opinión de DELGADO MARTÍN, cuando el Juzgado de Violencia sobre la Mujer asume la competencia en cualquiera de los supuestos del art. 49 bis LEC, no resultaría directamente aplicable esta cláusula del apartado 4. Aunque el resultado será el mismo porque el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, cuando recibe la inhibición, podrá no admitirla por falta de alguno de los requisitos del apartado 3 del mismo precepto (y las letras c) y d) exigen expresamente la concurrencia de violencia de género).

### III.7. Competencia Territorial

Según dispone la Ley Integral, que adiciona un nuevo artículo 15 bis en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima. Dada la *vis atractiva* del Juzgado de Violencia sobre la Mujer que conoce del asunto penal en relación con el proceso civil conexo, el fuero penal atraerá la competencia territorial para conocer del proceso civil, cumpliéndose así la finalidad de acercar la Administración de Justicia a las necesidades de la víctima en lugar de invitar a la víctima a acercarse a la Administración de Justicia.

En materia de separación, divorcio y nulidad, las reglas sobre la atribución de competencia territorial establecidas en el art. 769 de la LEC dejan de tener virtualidad cuando se trate de una denuncia por violencia de género. Así, será competente para conocer de los procesos civiles previstos en la L.O 1/2004, cuando se den los presupuestos en ella contemplados y ya analizados anteriormente, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer del domicilio de la víctima. Ya no serán competentes los Juzgados de Primera Instancia:

- a) en los procedimientos de separación y divorcio contenciosos: el juzgado del lugar del domicilio conyugal o, si residen en distintos partidos judiciales, del último

<sup>72</sup> MAGRO SERVET, Vicente (Coord), *Guía práctica del menor y de la violencia de género y doméstica*. Ed. La Ley, Madrid 2005, p.150.

- domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado a elección del demandante (art. 769.1);
- b) en los procedimientos de separación y divorcio de común acuerdo: el juzgado del último domicilio común o el del domicilio de cualquiera de los solicitantes (art. 769.2);
  - c) en los procesos sobre separación de parejas de hecho con hijos, relativos a la guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores: el juzgado del último domicilio común de los progenitores o, en caso de residir en distintos partidos judiciales, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor;
  - d) en los procesos de filiación, maternidad y paternidad: el juzgado domicilio del demandado (art. 50 LEC);
  - e) en los procedimientos que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores: el juzgado del domicilio de la entidad protectora (art. 51 LEC);
  - f) en los procedimientos para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción: el competente sería el tribunal que está conociendo el expediente de adopción (art. 781 LEC).

Si la víctima cambiase de domicilio con posterioridad a la iniciación del proceso penal, este hecho no afectará a la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer sobre el proceso civil, en virtud del principio general *perpetuatio iurisdictionis* por la que tampoco se vería afectada la competencia penal<sup>73</sup>.

### III.8. Conflictos de competencia

La Ley Orgánica 1/2004 no establece nada respecto a la posibilidad de que se produzcan conflictos de competencia entre los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y los de Primera Instancia o Familia. Estos conflictos deben solucionarse mediante la tramitación de la correspondiente cuestión de competencia contemplada en los arts. 51 y 52 de la LOPJ, que será resuelta por el órgano inmediato superior común.

En el II Encuentro de Jueces, Magistrados de Familia, Fiscales, Secretarios Judiciales y la Asociación Española de Abogados de Familia, se ha adoptado el criterio de que si el Juzgado de Violencia no acepta la inhibición acordada por el Juzgado de Familia y le devuelve los autos, se considera que son de aplicación las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 60) a las que es aconsejable dar una tramitación

---

<sup>73</sup> SENÉS MOTILLA, Carmen, "La competencia penal y en materia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer", *Diario La Ley*, núm. 6371, de 1 de diciembre de 2005, p. 5

preferente en todas las instancias, al tratarse de un asunto de violencia doméstica<sup>74</sup>. Si el Juez civil se niega a inhibirse por considerar que debe seguir conociendo el proceso civil, así lo deberá hacer saber al JVSM y quedará también planteada una cuestión de competencia, esta vez positiva, que se resolverá, como sucede en las negativas, por el superior común (art. 51 LOPJ)<sup>75</sup>.

#### IV. Conclusiones

He intentado exponer objetivamente la situación doctrinal relativa a las cuestiones procesales más características y controvertidas relativas a la L.O. 1/2004 de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género y a la Ley de 15/2005 de 8 de julio de modificación del C. Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de separación y divorcio. Más que tomar posición en alguna de las cuestiones a las que he hecho referencia, he creído preferible y más útil indicar brevemente la incidencia práctica de esta problemática en la realidad jurídico social española.

En este sentido, todavía es pronto para realizar una valoración global y precisa de la aplicación de ambas Leyes en lo que respecta a las competencias civiles de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Pero vistas las estadísticas del año 2006, publicadas por el Consejo General del Poder Judicial, ha sido en los procesos de divorcio contenciosos donde la intervención de estos nuevos Juzgados ha resultado más numerosa. Le siguen muy de cerca los procedimientos contenciosos de medidas previas y coetáneas, así como los de guarda y custodia o alimentos de hijos menores no matrimoniales.

Sin embargo, los procesos de asentimiento de adopción y de oposición a las resoluciones administrativas en la protección de menores son prácticamente inexistentes.

Son muy escasos los procedimientos sobre relaciones paterno filiales y de liquidación de la sociedad de gananciales. Igualmente los de separación ya que se han reducido muy considerablemente con la nueva Ley 15/2005.

---

<sup>74</sup> MUERZA ESPARZA entiende que, “si bien sería más acertado otorgar el tratamiento de conflicto de competencia al tratarse de órganos judiciales que no pertenecen al mismo orden jurisdiccional, resulta mucho más práctico aceptar que nos encontramos ante una cuestión de competencia objetiva en el orden jurisdiccional civil (aunque los órganos formen parte del orden jurisdiccional penal), si quiera sea porque el procedimiento resulta más sencillo y rápido”, en “Comentarios a la Ley Orgánica de Protección Integral.”cit. p. 61.

<sup>75</sup> CUBILLO LÓPEZ, I, o.c. p. 162.

### Bibliografía

- ARANDA, Elviro (Dir), “Estudios sobre la Ley Integral contra la Violencia de Género”, en VV.AA., Tutela judicial, en *Cuadernos Bartolomé de las Casas* núm 36, (2005) pp. 135-141. ISBN 84-9772-786-X.
- ARMENTEROS LEÓN, Miguel, “Algunas cuestiones que plantea la competencia de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer” en *Diario La Ley*, núm. 6399, 13 de enero de 2006, pp 1 y ss.
- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, “Cuestiones que suscita la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en *Diario La Ley* núm. 6290, 7 de julio de 2005, pp. 1 y ss.
- CUBILLO LÓPEZ, Ignacio, “Los juzgados de violencia sobre la mujer y la determinación de su competencia”, en VV.AA. *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*. Ed. Colex, Madrid 2006. ISBN 84-8342-033-3
- CRUZ MORATONES, Carles, “La Ley Integral de Medidas de Protección contra la violencia de Género. Reflexiones sobre algunas cuestiones procesales”, Ponencia del II congreso de Violencia Doméstica y de Género, celebrado en Granada los días 23 y 24 de febrero de 2006.
- GASCÓN INCHAUSTI, F, ( con de la OLIVA SANTOS, A; BANACLOCHE PALAO, J; GUTIÉRREZ BERLINCHES, A y VALLINES GARCÍA, E, *El tratamiento procesal de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2005.
- GONZÁLEZ GRANDA, Piedad, “Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en *Diario La Ley* núm.6214, 21 de marzo de 2005, pp 1 y ss.
- GUZMÁN PÉREZ, Cristina; ALVAREZ DE LAS ASTURIAS, Maria, “Violencia doméstica y matrimonio”, en AAVV, *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del foro XVII*, Biblioteca Salmanicensis, Salamanca 2005. ISBN 84-7299-678-6. pp.53-130.
- GUZMÁN PÉREZ, Cristina; ALVAREZ DE LAS ASTURIAS, Maria, “Los malos tratos conyugales: su incidencia y tratamiento en las causas de nulidad por incapacidad” en *I Jornadas de Actualización Canónica, Vicaría Judicial Diócesis de Albacete*, Albacete 2005. ISBN 84-609-8609-8. pp. 71-172.
- MAGRO SERVET, Vicente, *Soluciones de la sociedad española ante la violencia que se ejerce sobre las mujeres*. Madrid, 2005. ISBN 84-9725-647-6.
- MUERZA ESPARZA, Julio, “Comentarios a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en AAVV, *Capítulo Segundo sobre Aspectos Procesales de la L.O. 1/2004 de 28 de Diciembre*. Ed. Thomson-Aranzadi. Navarra 2005. ISBN 84-8410-305-6
- NIÑEROLA GIMÉNEZ, Isidro, “La violencia doméstica en el ámbito civil”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, La Reforma del derecho de Familia, núm. 33 mayo 2006, pp 165-202.

- PERDIGUERO BAUTISTA, Eduardo; DELGADO MARTÍN, Joaquín; SERRANO CASTRO, Francisco, *Guía práctica sobre las reformas del Derecho de Familia*. El Derecho Editores. Madrid abril 2006. ISBN 84-920250-7-7.
- DEL POZO PEREZ, Marta, “Algunos recelos en torno a la regulación procesal de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en *Diario La Ley* núm. 6402, pp 1 y ss
- RODRÍGUEZ CHACÓN, Rafael, *Matrimonio, separación y divorcio en España: nueva regulación. Estudio sistemático de las leyes 13/2005 de 1 de julio y 15/2005 de 8 de julio*. Barcelona 2005. ISBN 84-96283-28-3.
- RIVAS VALLEJO, M<sup>a</sup> Pilar y BARRIOS BAUDOR, Guillermo L., (Dir) *Violencia de Género. Perspectiva Multidisciplinar y Forense*. Ed. Thomson Aranzadi. Madrid 2007. ISBN 978-84-8355-185-1
- SANZ MULAS, Nieves; GONZÁLEZ BUSTOS, M<sup>a</sup> Angeles; MARTÍNEZ GALLEGU, Eva M<sup>a</sup> (Coord), *Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. Ed. Iustel, Madrid 2005. ISBN 84-96440-20-6
- SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA, Jaime; MOYA CASTILLA, José Manuel, *Violencia de Género. Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Una visión práctica*. Ed. Experiencia. Barcelona 2005. ISBN 84-96283-24-0.
- SENÉS MOTILLA, Carmen, “La competencia penal y en materia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, en *Diario La Ley*, núm. 6371, de 1 de diciembre de 2005, pp. 1 y ss.
- TASENDE CALVO, Julio J., “Aspectos civiles de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XV, n<sup>o</sup> 664 de 14 de abril de 2005.
- TORO PEÑA, Juan Antonio; Raimundez Rodríguez, Antonio; NAVARRO MIRANDA, Eduardo; VELÁZQUEZ MARTIN, Angeles (Coord), *Manual de funcionamiento ante los Juzgados de Violencia contra la Mujer*. Ed. Signum. Madrid 2005. ISBN 84-609-4560-X
- UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., “Los procesos de familia en la Violencia Doméstica. Primera aproximación”, en AA.VV., *Violencia doméstica*. Madrid, Sepin 2005. ISBN 84-95762-14-5 PP79-96.
- VV.AA. Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género.
- REVISTA SEPINET. PERSONA Y FAMILIA n<sup>o</sup> 53, Marzo 2006: *Competencias Civiles de los Juzgados de Violencia en supuestos de parejas de hecho*.