

ACTUALIZACIÓN DEL MANUAL PROCESO PENAL PRÁCTICO EN LA LEY INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

En rojo: bloques a eliminar

En verde: bloques a añadir

Página 88:

Tras el penúltimo párrafo *“En aquellos casos (...) conocer de ambos delitos”*.

Añadir:

Al respecto, los Magistrados de las Audiencias Provinciales con competencia exclusiva en materia de violencia de género, en una reunión celebrada en Madrid el mes de diciembre de 2005, establecieron como criterio de interpretación del art. 87 ter 1.b) (competencia para conocer de los delitos de derechos y deberes familiares): *“se entiende que la inclusión de la expresión “como tales”, incluida en el art. 87 ter, 1,b) LOPJ debe entenderse en el sentido de exigir que se trate de víctimas de violencia de género; es decir, que cualquiera de los delitos contra los derechos y deberes familiares no será por sí solo competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, sino que requerirá que con carácter previo se haya cometido un delito de los contemplados en el art. 87 ter,1,a) LOPJ EDL 1985/8754. En consecuencia, cometido de forma aislada un delito contra los derechos y deberes familiares la competencia será del Juzgado de Instrucción, no del Juzgado de Violencia sobre la Mujer. En tal sentido, se requiere que con carácter previo se haya presentado por la mujer una denuncia por un delito de los contemplados en el art. 87 ter,1. a) LOPJ de violencia de género, por lo que la condición de víctima de la denunciante atraería la competencia del delito contra los derechos y deberes familiares, salvo que se presente una denuncia por un delito de violencia de género y se dicte sentencia absolutoria firme, en cuyo caso el posterior delito de impago de pensiones no podría ser nunca competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, sino del Juzgado de Instrucción”*.

Continuar con el párrafo siguiente y demás: *“En este sentido, resulta...”*

Páginas 94 y 95:

Último párrafo de la página 94 y primero de la página 95.

Eliminar:

Para concluir, nos resta añadir que el delito de quebrantamiento de condena (art. 468 del CP) no figura entre los expresamente atribuidos por el artículo 87 ter.1 de la LOPJ a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, si bien deberá entenderse que corresponderá a estos Juzgados cuando la medida o pena accesoria se hubiese adoptado por la comisión de algunos de los delitos o faltas que la LO 1/2004 atribuye a los mismos. Efectivamente, la opinión asentada en la práctica y relativamente pacífica es aquélla que entiende que los delitos de quebrantamiento de condena (por incumplimiento de las

órdenes de alejamiento o prohibiciones de aproximación o comunicación) no son competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, salvo por vía de conexidad (para cometer uno de los delitos que sí les están atribuidos o para procurar su impunidad: arts. 17.3.º y 4.º LECrim).

Bloque correcto:

Para concluir, nos resta añadir que el delito de quebrantamiento de condena (art. 468 del CP) no figura entre los expresamente atribuidos por el artículo 87 ter.1 de la LOPJ a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, si bien la opinión asentada en la práctica y relativamente pacífica es aquélla que entiende que los delitos de quebrantamiento de condena (por incumplimiento de las órdenes de alejamiento o prohibiciones de aproximación o comunicación) no son competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, salvo por vía de conexidad (para cometer uno de los delitos que sí les están atribuidos o para procurar su impunidad: arts. 17.3.º y 4.º LECrim).

Páginas 121:

Tras él último párrafo de la página 121: “no puede ir asociada al traslado de la mujer.”

Añadir:

En este sentido, resaltamos el Auto del TS, Sala 2ª de 4 de octubre de 2012, que fija la competencia territorial donde la víctima tenga más arraigo, o el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª de 10 de abril de 2013 que establece que el domicilio decisivo es el que la víctima tenía en el momento en que sucedieron los hechos, aunque se haya instalado después en un lugar más lejano para distanciarse del presunto agresor. Así, éste último Auto expresa:

“El artículo 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incorporado por Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, dispone que “ En el caso de que se trate de algunos de los delitos o faltas cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer, la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima...” norma que trata de favorecer la situación procesal de la víctima en su relación con el órgano jurisdiccional y que puede suponer una excepción a la norma general del forum delicti commisi.

Hay que delimitar lo que se entiende por domicilio de la víctima ya que el nuevo precepto no precisa si se está refiriendo al domicilio de la víctima en el momento en el que se producen los hechos punibles o el que tenga al tiempo de presentar la denuncia.

Esta decisión ha sido sometida a un Pleno no jurisdiccional de esta Sala que, en reunión celebrada el día 31 de enero de 2006, acordó que por domicilio de la víctima habría de entenderse el que tenía cuando se produjeron los hechos punibles, en cuanto responde mejor al principio de juez predeterminado por la Ley, no dependiendo de posibles cambios de domicilio, criterio que coincide

con el expuesto por el Ministerio Fiscal, aplicando el mantenido por la Circular 4/2005, de la Fiscalía General del Estado. En el caso que nos ocupa la cuestión de competencia se limita a determinar si el domicilio de la víctima de malos tratos y amenazas en el ámbito familiar es Manilva (perteneciente al partido judicial de Estepona) lugar de residencia familiar y lugar dónde han tenido lugar los hechos delictivos, o Bilbao, lugar donde se refugia la víctima, donde denuncia los hechos y solicita orden de protección, no ofreciendo duda de que es Manilva por ello conforme a art. 15 bis LECrim ., la competencia corresponde a Estepona, donde la víctima tenía su domicilio familiar cuando sucedieron los hechos”

Páginas 122

Tras el penúltimo párrafo *"Particularizando aún más, y en caso de no poder determinarse el Juzgado territorialmente competente, bien porque la víctima tenga fijado su domicilio en el extranjero o bien por carecer de domicilio conocido, serán competentes los Juzgados del lugar en el que se encuentre residiendo la mujer aun cuando allí de modo circunstancial y, en su defecto con carácter subsidiario, se estará en los fueros generales dispuestos en los artículo 14 y 15 de la Lecrim."*

Añadir:

Finalmente, puede haber quien se pregunte si los hechos delictivos cometidos en otro país son denunciables en España, y por ende si existe un criterio de extensión de la jurisdicción española respecto a los delitos cometidos en el extranjero por españoles. La respuesta nos la brinda el artículo 23.1 y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

1. En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en que España sea parte.

2. Asimismo, conocerá de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:

- a. Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito.*
- b. Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los tribunales españoles.*
- c. Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este ultimo caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.*

La conclusión es clara, la jurisdicción española podría ser, en principio, competente de los delitos ocurridos fuera de su territorio nacional, cuando el agresor sea español o extranjero que hubiera adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho delictivo.

Por tanto, cuando los hechos acaecen en el extranjero, conforme al artículo 23 y en relación con el artículo 65.1º e) de la LOPJ, la competencia correspondería, en principio, a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Sin embargo, este criterio de competencia no debe aplicarse automáticamente.

Hay que tener presente dónde está el domicilio de la víctima. Puede suceder que el domicilio de la víctima se encuentre en España, ocurriendo el hecho denunciado fuera de nuestras fronteras. Este supuesto lo contempla el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª de fecha 4 de mayo de 2012, en el que estando el domicilio de la víctima en Irún, y denunciando una agresión ocurrida fuera de nuestras fronteras, concretamente en Francia, la competencia se fija en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de Irún ya que *“en el momento de los hechos la víctima tenía su domicilio en Irún, lo que conforme al 15 bis LECrim., la competencia correspondería a Irún y las agresiones se encuentra dentro de los delitos comprendidos en el art. 14 5 a) competencia de los juzgados de violencia de género, encajando el supuesto planteado en tales preceptos y teniendo en cuenta la celeridad en el proceso penal y más en delitos de esta naturaleza”*.

Pero también debe tenerse en cuenta otras normas de competencia, como estudia el Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 2ª de 17 de enero de 2012, hasta llegar a la conclusión de la prevalencia de la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer frente a la Audiencia Nacional o Juzgados Centrales en la materia que nos ocupa, pese a ocurrir los hechos denunciados en el extranjero:

“Cuando el art. 65. 1º e) LOPJ dice que la Audiencia Nacional es competente para conocer de los delitos cometidos fuera del territorio nacional, no lo dice sin más, sino que añade que así ha de ser "cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles", lo que, entendido en sus justos términos, significa que habrá que mirar más allá de la normativa antes citada, y, pasando por una interpretación sistemática, ver si otras reglas dentro del ordenamiento impiden o son incompatibles con tal asunción.

Es criterio general, asentado a nivel jurisprudencial, que las normas de atribución de la competencia a la Audiencia Nacional no sólo no pueden ser interpretadas extensivamente, sino que han de serlo restrictivamente, entre otros motivos, por razón de su especialización. También los juzgados de Violencia sobre la Mujer son órganos judiciales especializados. Asimismo, en lo que al ámbito penal se refiere, ambos órganos tienen asignada su competencia objetiva por razón de la materia, estos últimos los actos conocidos, en general, como violencia de género, materia que, en absoluto, es mencionada entre las que pudieran servir de apoyo para derivar a la Audiencia Nacional el conocimiento de un asunto.

Es verdad que esto último no constituiría un obstáculo insalvable, por sí solo, pero habrá que empezar a pensar que otra cosa será, si se tiene en cuenta que existen esos órganos judiciales a los que el legislador les ha querido dar una competencia específica, en la que está la razón de su especialización.

Sabemos que también la Audiencia Nacional es un órgano judicial especializado, pero, si mantenemos que en ella no se han de ver asuntos relacionados con la violencia de género, no es tanto porque no le vengan expresamente atribuidos y, pese a ello, le pudieran llegar por la genérica vía del art. 65.1ºe) LOPJ , sino porque existe una ley que ha querido que lo concerniente a esa materia se conozca por unos órganos específicos. Por lo tanto, si esa competencia de la Audiencia Nacional le ha de venir derivada cuando corresponda conforme a las leyes, y hay una ley que residencia de manera expresa y específica el conocimiento de la violencia de género en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, consideramos que, por razón de esa específica especialización, ha de primar ese criterio, sobre lo que sería una más genérica especialización, como la que corresponde a la Audiencia Nacional , cuyos criterios de atribución competencial, insistimos una vez más, han de ser interpretados restrictivamente. Y esto que decimos, habremos de mantenerlo con mayor razón cuando se comprueba que en el art. 87 ter LOPJ , donde se especifican las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, junto a las penales (apdo. 1), hay otras civiles (apdos. 2 y 3), para las que, además de que, en modo alguno, están llamados los Juzgados Centrales de Instrucción, si nos fijamos, respecto de las que pudieran llegar por la vía del apdo. 3, el precepto dice que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer la tendrán no solo de manera exclusiva, sino también excluyente.

Aunque en el apartado III de la Exposición de Motivos de la LO 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se puede leer que "se ha optado por una fórmula de especialización dentro del orden penal, de los Jueces de Instrucción, creando los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y excluyendo la posibilidad de creación de un orden jurisdiccional nuevo o la asunción de competencias penales por parte de los Jueces Civiles" , sin embargo se ha llegado a decir que con la aparición de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en realidad, lo que se ha creado ha sido un orden jurisdiccional mixto, desde el momento que a un mismo juez se le atribuyen competencias penales, pero también civiles, aunque estas sea en aquellos supuestos en que exista un acto de violencia de género. Al ser ello así, choca frontalmente, no ya con el cometido propio de los Juzgados Centrales de Instrucción, sino con la misma esencia de la Audiencia Nacional, en la que no se encuentra integrada ninguna Sala de lo Civil, y no parece que la Sala de lo Penal y los Juzgados Centrales de Instrucción estén concebidos para asumir atribuciones que serían las propias de la jurisdicción de Familia.

En la anterior idea abunda la circunstancia de que, si bien es cierto que la atribución de competencias viene asignada a los Juzgados Centrales de Instrucción en el art. 88 LOPJ, no se puede ignorar que sus funciones son semejantes a las de los demás Juzgados de Instrucción, con la diferencia de que su jurisdicción se extiende a todo el territorio nacional y no a una parte del mismo, de manera que, si aceptamos esta premisa, y, a continuación, pasamos fijarnos en las competencias que a estos les asigna el art. 87 de la misma, comprobamos que en el orden penal conocerán:

"a) de la instrucción de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal, excepto de aquellas causas que sean competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer".

Dicho de otra manera, si hay una norma que, expresamente, excluye del conocimiento de los Juzgados de Instrucción las materias propias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, hay una identidad de razón por la que no entendemos que tal excepción no pueda jugar cuando el Juzgado de Instrucción sea uno Central.

A modo de resumen de lo que hasta el momento se ha venido diciendo, lo que se quiere significar es que una primera razón para considerar competente para el conocimiento del presente asunto al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, es porque consideramos que la "vis atractiva" que deriva de las funciones y cometido para el que fue concebido, es superior, por definición, a la que pudiera llevar al asunto a la Audiencia Nacional, a la que, en todo caso, llegaría por encontrar cobertura en una vía indirecta y genérica.

TERCERO.- Podría admitirse que, de estar al anterior razonamiento, el argumento para rechazar la competencia de la Audiencia Nacional y derivarla al Juzgado de Violencia sobre la Mujer quedaría incompleto, porque, como hemos indicado en él, si el criterio general para la fijación del fuero en el ámbito penal dentro de España se encuentra en la regla del "forum delicti comissi", cuando se trate de delitos no cometidos en territorio español es razonable que se mantenga, como se mantiene, que haya de conocer la Audiencia Nacional. No hay delito cometido en ninguna parte del territorio español y, siendo aleatorio asignar la competencia a cualquiera de ellos, se opta por asignarla al que tiene competencia sobre todo él.

Lo que sucede, sin embargo, es que el planteamiento no nos convence cuando se trata de materias de las que corresponde conocer al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, porque, cuando se crean los mismos, se les dota de un fuero específico. En este sentido, tenemos que el art. 15 bis de la LECrim establece que "en el caso de que se trate de algunos de los delitos o faltas cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer, la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima, sin perjuicio de la adopción de la orden de protección, o de medidas urgentes del artículo 13 de la presente Ley que pudiera adoptar el Juez del lugar de comisión de los hechos".

En consecuencia, si resulta que para el conocimiento de las materias relativas a la violencia de género se han creado unos órganos judiciales específicos, y si resulta que el fuero para fijar la competencia de estos órganos judiciales es por razón del domicilio de la víctima, no, por lo tanto, el lugar de comisión del delito, que es por faltar este en España por lo que se deriva a la Audiencia Nacional el conocimiento de los asuntos ocurridos en el extranjero, desaparece la razón de ser que da lugar a la competencia de ésta, y desapareciendo, porque el legislador se ha decantado por otro criterio, a este otro criterio habrá que estar en la medida que ha sido preferido específicamente. Cuestión distinta sería que dicho criterio no pudiera ser operativo, pero como esto no sucede en el caso que nos ocupa, no sólo no vemos razón para descartarlo, sino que consideramos que es la solución que mejor se ajusta a derecho.

Además, así ha de entenderse, si tenemos presente que dicho fuero ha sido establecido mediante la introducción del art. 15 bis en la LECrim, tras las reformas que en esta ley procesal tienen lugar por la mencionada L.O. 1/2004,

pues, tratándose de una reforma posterior a la norma que en el art. 65 LOPJ atribuye sus competencias a la Audiencia Nacional, en una interpretación sistemática del ordenamiento procesal habrá que entender que el legislador ha querido modificar con esa ley posterior el criterio más general de la ley anterior, que es, en definitiva, lo que cabe extraer de la disposición derogatoria única de la propia L.O. 1/2004, cuando establece que "quedan derogadas cuantas normas, de igual o inferior rango, se opongan a lo establecido en la presente Ley". Una vez más, y, a modo de resumen de lo que se ha desarrollado en el presente razonamiento, queremos significar que, precisamente, la específica regla que fija la competencia en materia de violencia de género en el juzgado del domicilio de la víctima, no solo por su carácter preferente y por venir establecida en ley posterior, sino por ajena al criterio del territorio, ha de impedir que sea la Audiencia Nacional la encargada del conocimiento de esta materia, aunque se refiera a hechos delictivos cometidos entre españoles en el extranjero."

Páginas 132

Tras el penúltimo párrafo: *“De otro lado, y en una interpretación más amplia, se sitúan aquellos autores que hacen coincidir el momento inicial de la fase de Juicio Oral, del procedimiento civil, con el inicio de la comparecencia de medidas previas, medidas provisionales, o en su caso, de la vista del pleito principal.”*

Añadir:

En resoluciones de la Sala Primera del TS sobre conflictos de competencia se ha resuelto que la limitación temporal para la inhibición del Juez civil a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, cuando se haya iniciado la fase de juicio oral, debe entenderse referida al juicio civil, esto es, a la vista del artículo 443 de la LEC (Auto de 23 de marzo de 2010, entre otros), añadiendo la Audiencia Provincial de Valencia en su Auto de fecha 17 de julio de 2012, Sección 10ª, que el límite está en la apertura del juicio oral por lo que la inhibición a decretar por el Juez civil a favor del Juzgado de Violencia tiene como límite temporal el que se hayan iniciado los trámites de la fase de juicio oral en la primera instancia. Expresa este Auto que aunque la ley utilice una terminología más propia del proceso penal que del civil ha de interpretarse que dicho límite concurre cuando se ha dictado ya la providencia convocando a las partes al juicio en el proceso civil. Es la postura que ha seguido el Tribunal Supremo en resoluciones como el Auto de fecha 27 de marzo de 2012. En consecuencia, habiéndose iniciado ya la fase de juicio oral por parte del Juez civil de familia, es decir, habiéndose convocado a las partes a la celebración del juicio, no procede la inhibición a favor del Juzgado de Violencia.

Último párrafo de la página 132 y páginas 133,134 y 135 completas.

Eliminar:

A tal efecto, merece destacarse el Auto núm. 66/2009, de 26 de febrero, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22, por el que se dispone que:«...A los fines de dirimir los conflictos competenciales que la Ley Orgánica 1/2004, por su defectuosa redacción

y escaso rigor técnico-jurídico, está provocando, esta Sala viene manteniendo, en relación con su artículo 57, que adiciona a la Ley de Enjuiciamiento Civil el nuevo artículo 49 bis, bajo la rúbrica de “pérdida de la competencia cuando se produzcan actos de violencia sobre la mujer”, que la mención que en el mismo se realiza al inicio de la “fase de Juicio Oral”, en cuanto condicionante procesal que excluye la inhibición del procedimiento civil en favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, debe entenderse referida al procedimiento penal, que no al civil. En efecto, y frente a la respetable opinión de determinados sectores judiciales y doctrinales, que afirman que el Legislador quiso decir algo distinto de lo que finalmente se reflejó en el texto definitivo de la norma, no puede dejar de resaltarse que la Ley de Enjuiciamiento Civil no utiliza, en el resto de su articulado, el término “fase de Juicio Oral”, el que, por el contrario, encuentra su natural acomodo y regulación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con innumerables menciones de dicho concepto técnico-jurídico, en referencia además, no a un acto concreto, como en el procedimiento civil puede ser el juicio verbal o la vista, sino a toda una fase procedimental, que se inicia con la apertura del Juicio Oral y culmina con la celebración del mismo.

Ha de tenerse en cuenta que el nuevo artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en orden al posible conocimiento por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de los procedimientos civiles expresados en el mismo, requiere que se hayan “iniciado” ante el mismo actuaciones penales, o se haya adoptado una orden de protección, pero omite, de modo significativo, toda referencia a ulteriores fases del procedimiento penal, idea que se reitera en el apartado c) de tal precepto, en el que se habla de imputado, pero nunca de acusado o procesado y, mucho menos, de condenado. En tal idea se insiste en la redacción del artículo 49 bis LEC, que hace referencia a la “iniciación de un procedimiento penal” o a la adopción de una “orden de protección”, pero sin mencionar ulteriores fases del procedimiento penal, lo que se reitera en su apartado número 2 y, especialmente, en el número 3 que exige que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer “esté conociendo de una causa penal por violencia de género”, y no que haya conocido, a los fines de poder requerir de inhibición al Juzgado de Primera Instancia que esté tramitando un procedimiento civil de los comprendidos en el artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y se añade, de igual modo significativo, que al correspondiente requerimiento deberá acompañarse 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” en inequívoca referencia a fases iniciales del procedimiento penal, sin ampliarla a aquellas otras en las que, tras la apertura del Juicio Oral, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer pierde su competencia para seguir tramitando las actuaciones penales, pues en otro caso no se cumpliría el requisito del conocimiento actual (“esté conociendo”).

Conforme a la citada normativa, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, a salvo de los juicios de faltas, queda configurado como un órgano de instrucción, que no de enjuiciamiento, de modo tal que, una vez abierto el Juicio Oral, no tiene ya a su disposición las actuaciones penales. Por ello, y aunque la finalidad perseguida por la Ley es de la de otorgar una protección integral a la víctima de actos de violencia de género, con la asignación a un solo Juzgado de todos los procedimientos que afecten a aquélla, tal objetivo no puede cumplirse cuando, al tiempo de iniciarse el procedimiento civil, las actuaciones penales han salido ya de la esfera de actuación del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, o dicha causa penal ha terminado por motivos distintos.

No es descartable, sin embargo, que la polemizada mención terminológica (fase de juicio oral) obedezca a un lapsus o, en último término, a un error de transcripción, pero ello, conforme a la postura mantenida por el Tribunal Supremo, a propósito de la

remisión que hacía el artículo 775, antes de su reforma, al 771, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (*vid.* Autos de 29 de abril y 3 de junio de 2003), debe encontrar su adecuado cauce de subsanación a través de los mecanismos articulados legalmente, esto es, mediante su rectificación a través del Boletín Oficial del Estado, evitándose así los problemas de inseguridad jurídica que, en supuestos como el que examinamos, puede originar una posible falta de precisión técnicojurídica en los términos utilizados en la redacción de las normas. No obstante lo dicho, se establece una excepción, en relación con el estado de tramitación de la causa penal, en la hipótesis de haberse adoptado una orden de protección, pues, conforme se infiere de la redacción de tales preceptos, aunque ya se haya iniciado la fase de juicio oral, el Juzgado sobre la Violencia sobre la Mujer sigue manteniendo su competencia.

A los fines de evitar los equívocos a los que pudiera conducir la redacción, o interpretación, de una anterior resolución de esta Sala (15 de diciembre de 2006), ha de precisarse que la vigencia de la orden de protección se mantiene en tanto no se haya dejado sin efecto por el Juzgado que la adoptó, y ello con anterioridad a la definitiva culminación del procedimiento penal, o, en otro caso, se haya dado fin, por una resolución definitiva y firme, al mismo, ya sea absolutoria, lo que determinará el cese de aquella medida, ya condenatoria, en que las posibles medidas sobre alejamiento del condenado y la víctima sustituirán a las adoptadas al inicio del procedimiento, por lo que ya no existirá una orden de protección, en cuanto requisito *sine qua non*, a los fines de determinar la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, lo que conducirá al conocimiento del correspondiente asunto civil por el Juzgado de Primera Instancia. Finalmente, y en orden a intentar clarificar aspectos oscuros de la Ley, o suplir sus lamentables lagunas, que pueden conducir a soluciones dispares, hemos de reiterar que tampoco el procedimiento civil, del que pueda estar conociendo el Juzgado de Familia o el de Primera Instancia ordinario, puede quedar a expensas de su remisión en cualquier momento de su tramitación al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, como parece dar entender el apartado número 3 del artículo 49 bis LEC, pues ello originaría disfunciones incompatibles con los principios consagrados en el artículo 24 de la Constitución. Tal problemática es omitida, en su expresa regulación, por la normativa analizada, lo que obliga a los tribunales a buscar una solución lógica que, conforme se sostiene desde diversos sectores, y entre ellos el Grupo de Expertos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, designados por el CGPJ, habrá de llevar a perpetuar la jurisdicción del Órgano civil en el supuesto de que ya se hubiesen sobrepasado los iniciales trámites de alegación por escrito y dictado resolución citando a las partes a juicio verbal o vista.

Bajo los analizados condicionantes, ha de resolverse el recurso que, en el presente caso, se somete a nuestra decisión declarando que la competencia corresponde a los Juzgados de Familia de Madrid, dado que, en la fecha de presentación de la demanda de separación en fecha 11 de febrero de 2008, ya había recaído, en fecha 1 de agosto de 2006, sentencia firme en el procedimiento penal en la que se condenaba al demandado entre otras penas a la “prohibición de aproximación a Natalia a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar que frecuente en un radio de 500 metros y prohibición de comunicación con ella por cualquier medio, todo ello por tiempo de dos años y costas”, por lo que dicho procedimiento civil queda fuera de la órbita recogida en el artículo 87 ter, apartado 3, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto determinante de la competencia del JVM».

Páginas 136

Quitar segundo párrafo

Eliminar:

Contra el Auto que acuerde la inhabilitación cabrá recurso de apelación, conforme a lo dispuesto en el artículo 66.1 de la LEC.

Página 220

Penúltimo y último párrafo

Eliminar:

El Juzgado competente para su conocimiento sería el Juzgado de Violencia sobre la Mujer cuando la pena o la medida cautelar que se quebrantase hubiese sido adoptada con ocasión de la comisión de alguno de los delitos o faltas que la LO 1/2004 atribuye a dichos Juzgados.

Si no existe un acto de violencia que acompañe al quebrantamiento, debe diferenciarse entre el quebrantamiento de una pena dictada en sentencia, cuyo conocimiento correspondería al Juzgado de Instrucción ordinario, y el quebrantamiento de una medida cautelar, que instruiría el Juzgado de Violencia sobre la Mujer si fue adoptada por este Juzgado especializado, lo que le permitiría, además de modificar la medida quebrantada por otra más restrictiva de derechos, el acumular, si sigue en fase de instrucción, el quebrantamiento de medida cautelar al procedimiento principal por delito de violencia de género, para que finalmente se pueda hacer el enjuiciamiento conjunto.

Página 229

Tras el penúltimo párrafo : *“Para concluir, diremos que el consentimiento de la víctima en reanudar la convivencia o propiciar el acercamiento, existiendo una pena accesoria del art. 57 CP, no excluye la punibilidad a los efectos del art. 468 del CP”*,

Añadir:

aunque la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17, en su sentencia de fecha 13 de enero de 2012, llega a aplicar la atenuante analógica de provocación de la víctima por reanudación de la relación sentimental. Sin embargo, existe jurisprudencia menor mayoritaria en sentido contrario, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de diciembre de 2012, Sección 1ª, que rechaza esa supuesta atenuante analógica del artículo 21.7º en relación con el 231 1º del Código Penal, porque no entiende que medie algún tipo de provocación o estímulo cuando ambos miembros de la pareja acuerdan voluntariamente la reanudación de la convivencia.

Página 338

Tras el penúltimo párrafo :"- Si a la fecha del juicio existe convivencia, pero al no ser ya pareja no existe relación alguna de afectividad (Sentencia de la AP de Madrid de 19 de febrero de 2009)"

Añadir:

Además y conforme al acuerdo del pleno del TS de 24 de abril de 2013 sobre el alcance de la exención de declarar: *La exención de la obligación de declarar prevista en el Art. 416.1 de la LECrim. alcanza a las personas que estén o hayan estado unidas por alguno de los vínculos a los que se refiere el precepto.*

Se exceptúan:

- a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga del afecto.*
- b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso. "*

Página 389

En el segundo párrafo del apartado 2 "la suspensión regulada en el artículo 87 del Código Penal":

Eliminar:

- Que se trate de penas privativas de libertad no superiores a cinco años impuestas a penados que carezcan de peligrosidad criminal o hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2 del artículo 20 del CP.

Bloque correcto:

- Que se trate de penas privativas de libertad no superiores a cinco años impuestas a penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2 del artículo 20 del CP.

Páginas 391 y 392

Sustituir ambas páginas completas

Eliminar:

El artículo 88 del Código Penal (...) hasta cuotas satisfechas o jornadas realizadas.

Bloque correcto:

El artículo 88 del Código Penal dispone que los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas

de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, y en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también por localización permanente, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida.

Excepcionalmente, podrán los jueces o tribunales sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior para la pena de multa.

En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.^a y 2.^a, del apartado 1 del artículo 83 de este Código.

Sin embargo, hay resoluciones judiciales en las que tras quebrantarse una pena de alejamiento se deniega la sustitución de la pena de prisión impuesta por la de trabajos en beneficio de la comunidad (Sentencia de la AP de Albacete, Sección 1.^a, de 4 de febrero de 2013).

Tampoco podrá sustituirse la pena de prisión por la de multa para así evitar que el pago de esa multa pueda suponer un detrimento del patrimonio común con la víctima o que repercuta negativamente en la víctima dependiente económicamente del reo, ni que de este modo se propicie la impunidad de aquellos que, por la imposición de una simple multa económica fácil de afrontar, no vean obstáculos a la reiteración de delitos de violencia de género.

Finalmente, en el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas o jornadas realizadas.

Eliminar siguientes apartados:

1. El agresor en situación administrativa irregular.

El art. 89 del Código Penal, de aplicación sólo al extranjero en situación administrativa irregular en nuestro país, dispone que:

1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la Sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

Igualmente, los jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en Sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica su cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80,87 y 88 del Código Penal.

La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España. En el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del periodo de condena pendiente.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena 92.

3. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

4. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312,318 bis,515.6, 517 y 518 del Código Penal.

Son varias las cuestiones que debemos apuntar tras la lectura de este artículo:

En primer lugar, que la situación de residencia legal del extranjero debe valorarse en el momento de decidir sobre la expulsión, según doctrina mayoritaria, aunque la cuestión no es pacífica, y podemos encontrar resoluciones, como el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón de 7 de febrero de 2006, que atiende al momento de la comisión de los hechos:

«...Para verificar la falta de residencia legal en España, ha de estarse al momento de la comisión de los hechos, como referencia obligada por la seguridad jurídica, a fin de evitar fraudes al sentido del precepto, por ejemplo mediante alargamiento del proceso

penal en espera de poder mientras legalizar, o preconstituir una aparente situación de arraigo, para evitar a toda costa la expulsión ex art. 89.1 del CP».

92. Está prevista también la reforma del art. 89 del CP. El Boletín del Proyecto se encuentra disponible en la web <www.mjusticia.es>. En este sentido, el periodo en el que el reo no puede volver a España pasaría de ser inflexible a graduarse en una horquilla de tres a diez años.

Bloque correcto:

1.El agresor en situación administrativa irregular.

Artículo 89

El art. 89 del Código Penal, de aplicación sólo al extranjero en situación administrativa irregular en nuestro país 91, dispone que:

1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

3. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

4. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

5. Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.

6. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa.

En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 de este Código.

7. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis de este Código.

-
91. Son extranjeros en situación irregular los que no cumplan los requisitos del art. 29 de la LOE, el cual se expresa en los siguientes términos: 1. Los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia . 2. Las diferentes situaciones de los extranjeros en España podrán acreditarse mediante pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero, según corresponda.

Página 395

Tras el párrafo primero: *“obligada por la seguridad jurídica, a fin de evitar fraudes al sentido del precepto, por ejemplo mediante alargamiento del proceso penal en espera del poder mientras legalizar, o preconstituir una aparente situación de arraigo, para evitar a toda costa la expulsión ex art. 89.1 del CP”*.

Añadir:

En este sentido, la Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, entiende que la falta de autorización de residencia es un requisito que se exige para el instante de dictarse la sentencia o, en su caso, posteriormente si se ha realizado mediante auto durante la ejecutoria. (art. 89.1 párrafo segundo). Interpreta la Fiscalía General del Estado que la ley no se refiere al momento de la comisión del delito. Por ello si desde la comisión del hecho delictivo hasta su enjuiciamiento se han alterado las condiciones de su residencia en España (legal a ilegal o viceversa), solo habrá que tomar en cuenta su situación en el momento de adoptarse la decisión sustitutiva o, si hubiera un cambio de circunstancias, incluso en el momento posterior. Concluye la Fiscalía General del Estado afirmando que el requisito de la ilegalidad de la residencia debe subsistir al momento de la ejecución y si no debe quedar sin efecto, por mucho que lo establezca la sentencia, ya que se trata de una medida y no de una pena (STS 792/2008).

Eliminar:

También hay que destacar que el art. 89.1 del CP distingue entre penas privativas de libertad inferiores a 6 años y penas impuestas superiores a ese periodo.

Para las penas inferiores a 6 años la sustitución de la pena de prisión por la expulsión podríamos decir que sería íntegra y debe ser así establecida en sentencia, previa solicitud por la Acusación

Así, este primer párrafo ha venido siendo interpretado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (STS, de 8 de abril de 2008, entre otras) sentándose la doctrina de que no resulta posible una aplicación mecánica del mencionado precepto en lo que respecta a la expulsión del territorio español, pese a la imperatividad del verbo utilizado “acordarán”, ya que sería un automatismo contrario a los principios constitucionales rectores de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el acusatorio o el de contradicción y derechos tales como el de audiencia, defensa o motivación de las decisiones judiciales, de modo que la medida sustitutiva sólo podría ser aplicada previa solicitud de la Acusación, tras el oportuno debate, posibilitando las alegaciones de la defensa (y la práctica de pruebas, como por ejemplo las acreditativas de su situación de arraigo) y con fundamentación adecuada a las circunstancias concretas del caso.

Como indica la Circular FGE 2/2006, de 27 de julio, sobre diversos aspectos relativos al régimen de extranjeros en España, *“por pena privativa de libertad habrá de entenderse cualquier pena de prisión, pero no debe quedar incluida la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multas (y ello pese a su calificación como pena privativa de libertad conforme al art. 35 del CP), pues la aplicabilidad de ésta, por su propia naturaleza subsidiaria, es incierta en el momento ordinario de imposición de la expulsión sustitutiva, esto es, en el momento dictado de la sentencia. A fortiori, hacer depender la puesta en marcha de la expulsión de la disponibilidad de recursos económicos para hacer frente al pago de la multa puede incorporar un criterio discriminatorio justificado”*.

Si la Acusación pública o privada solicita la expulsión y la Defensa no manifiesta nada en contrario, en aplicación del artículo referido, las penas privativas

Bloque correcto:

También resulta de interés el criterio interpretativo que ha venido dando la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (Auto de 24 de enero de 2013, entre otros) a la expulsión, sentándose la doctrina de que *“la sustitución de las penas privativas de libertad inferior a seis años por la expulsión del territorio nacional prevista en el artículo 89 del Código Penal, no puede acordarse de forma automática, pues ello sería contrario a los principios constitucionales, rectores de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el acusatorio o el de contradicción, así como el de audiencia, defensa o motivación de las decisiones judiciales, de modo que la medida sustitutiva sólo podría ser aplicada, previa solicitud de la acusación, tras el oportuno debate, posibilitando las alegaciones de la defensa y con una fundamentación adecuada a las*

circunstancias concretas del caso, entre éstas, el arraigo en nuestro país del afectado por la medida, su situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen.

De acuerdo con lo expuesto, los requisitos necesarios que han de concurrir para que la expulsión estuviera justificada, serían los siguientes: extranjeros con residencia ilegal, porque para la expulsión se exige dicho presupuesto; condenados con una pena no grave inferior a 6 años de prisión; que la expulsión haya sido solicitada por el Ministerio Fiscal o, eventualmente, por otra acusación personada; que haya sido escuchado el interesado previamente sobre la cuestión; y, que no implique una ruptura de la convivencia familiar, por existir ésta y ser de cierta entidad por el número de miembros familiares, estabilidad alcanzada y dependencia económica del posible expulsado.”

Podemos afirmar que la jurisprudencia viene exigiendo una valoración individualizada, no solo en atención a los derechos afectados, sino también desde la perspectiva de la justicia material y del respeto al principio de igualdad (Sentencia de la AP de Madrid, Sección 27, de 7 de febrero de 2013).

En aplicación de la disposición adicional decimoséptima de la LO 19/2003 de 23 de diciembre, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los órganos judiciales comunicarán a la autoridad gubernativa la finalización de los procesos judiciales en los que concurra la comisión de infracciones administrativas a las normas sobre extranjería, a los efectos de que por las autoridades administrativas pueda reanudarse, iniciarse o archivers, si procede, según los casos, el procedimiento administrativo sancionador. Del mismo modo, comunicarán aquellas condenas impuestas a extranjeros por delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año, a los efectos de incoación del correspondiente expediente sancionador.

Igualmente, comunicarán las sentencias en las que acuerden la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas o de las medidas de seguridad que sean aplicables a los extranjeros no residentes legalmente en España por la expulsión de los mismos del territorio nacional. En estos casos, la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión. A estos efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial.

Páginas 396, 397 y 398

Eliminar en su totalidad.

Eliminar:

Pág. 399 (incluido cuadro) y sustituir por el siguiente bloque:

Bloque correcto:

Tal y como hemos indicado, la regulación de la expulsión judicial de los extranjeros no residentes legalmente en España prevista por el artículo 89 CP ha sufrido una importante modificación por la Ley Orgánica 5/2010.

En este contexto y siguiendo con el hilo argumental expuesto por la Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, esta modificación ha eliminado, entre otros aspectos relevantes, su naturaleza automática, ha flexibilizado los momentos en que puede decidirse, ha ampliado considerablemente las posibilidades de aplicación parcial a cualquier clase de pena privativa de libertad y ha establecido un sistema más riguroso para el caso del quebrantamiento de esta medida de seguridad.

También refiere dicha Circular que todas estas novedades provocan la necesidad de modificar un importante número de directrices de actuación del Ministerio Fiscal que se encontraban recogidas no sólo en el Capítulo I de la Circular FGE 2/2006 sino también en otros textos normativos internos precedentes (Consulta 5/1987, Consulta 2/1990, Circular 1/1994, Circular 3/2001, Circular 1/2002), muchos de los cuales han sido patentemente superados, tanto por las distintas modificaciones legislativas producidas desde su respectiva redacción, como por las doctrinas jurisprudenciales – Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)- que deberían ser tomadas en consideración para fijar los criterios aplicables en cada caso.

Continúa exponiendo que *“de los pocos presupuestos del artículo 89 del CP que permanece inalterable tras la reforma de 2010 es el relativo al ámbito subjetivo de aplicación: tanto la expulsión sustitutiva de la condena en su integridad (apartado primero del art. 89 CP) como la parcial (apartado quinto del art. 89 CP) solo pueden ser impuestas a los extranjeros no residentes legalmente en España, esto es, aquellos extranjeros que carecen de un permiso administrativo de residencia en territorio español”*.

La Circular también analiza que tras la reforma de 2010, el artículo 89 del CP distingue dos tipos de sustituciones de las penas privativas de libertad. La sustitución íntegra de la condena (art. 89.1 CP) y la parcial del último tramo del cumplimiento de las condenas de prisión (art. 89.5 CP).

Además entiende que son sustituibles todas las penas privativas de libertad inferiores a seis años, de conformidad con el artículo 35 CP, no solo las penas de prisión que no superaran aquella duración, sino también las de localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

Por el contrario, la Circular 2/2006 sostenía que debería quedar excluida de su ámbito de aplicación la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa debido a que dada su propia naturaleza era imposible decidirla en el momento de dictarse sentencia -argumento ya superado al admitir la nueva redacción del artículo 89 del CP que la expulsión pueda acordarse en auto motivado posterior a dictarse sentencia- y, además, porque -según señalaba- implicaba incorporar un elemento injustificado de discriminación al hacer depender la puesta en marcha de la expulsión de la disponibilidad de los recursos económicos para hacer frente al pago de la multa.

Del mismo modo, se entendía que, en relación con la pena de localización permanente, había de exigirse que en todo caso la pena impuesta lo fuera por delito, no debiendo reputarse título suficiente para posibilitarla expulsión sustitutiva una condena a pena privativa de libertad por una simple falta, porque -entre otros argumentos de menor entidad- pese al silencio de la Ley, una interpretación acorde con la exigencia constitucional de respeto al principio de proporcionalidad vedaba cualquier otra alternativa.

Según la Fiscalía General del Estado, estas conclusiones han de ser revisadas en atención al principio de coherencia del ordenamiento jurídico y de la correcta delimitación del principio de proporcionalidad.

En efecto, la previsión legal de aceptar la posibilidad de aplicar la expulsión sustitutiva de cualquier pena privativa de libertad impuesta tanto por delito como por falta, en sí misma ni es desproporcionada ni es discriminatoria, lo será en su caso, la decisión que las adopte por no valorar conforme a dichos principios las circunstancias concurrentes, entre ellas la gravedad del hecho cometido.

Tiene pleno sentido considerar injusta y desproporcionada la sustitución por la expulsión de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa o de las penas privativas de libertad impuestas por la comisión de una falta cuando la condena impuesta se funde en la comisión de hechos aislados o perfectamente delimitados que no acrediten un comportamiento del extranjero claramente hostil a nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, no será desproporcionada la expulsión cuando la falta o el delito cometido castigado con la pena de multa impagada sea la última de las manifestaciones indicadoras de una forma de vida patentemente contraria al orden público español –como lo acreditaría la existencia de una pluralidad de condenas por delito o faltas-, o constituya un instrumento defraudatorio del régimen jurídico de la estancia y residencia de los extranjeros en España previsto y regulado en la Ley Orgánica 4/2000, o signifique un obstáculo para la ejecución de la expulsión acordada en otro procedimiento penal por delito.

Página 400

Eliminar:

Cuadro de la página 400

Eliminar:

Párrafo que le sigue al cuadro

“La solicitud de indulto no impediría que se llevara a cabo la expulsión, ya que desde el momento, en que, en atención a lo dispuesto por el artículo 89.1.4”.

Párrafo correcto:

La solicitud de indulto no impediría que se llevara a cabo la expulsión, ya que desde el momento, en que, en atención a lo dispuesto por el artículo 89.1.7.

Eliminar:

Del último párrafo los tres últimos renglones y los tres primeros de la página 401.

Actualmente, la prohibición de regreso se establece en 10 años, computados desde la fecha de su expulsión, pero no se trata de un periodo único ya que el texto del artículo añade que, en todo caso, no podrá regresar mientras no haya prescrito la pena, lo que implica una ampliación del periodo, que no se da cuando lo que se sustituye es una medida de seguridad (art. 108 del CP).

Párrafo correcto:

El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

Página 401

Eliminar: Cuadro de la página 401

-A) DEBER DE ABANDONAR EL TERRITORIO ESPAÑOL. -B) ARCHIVO DE TODOS LOS EXPEDIENTES VINCULADOS A SU SITUACIÓN ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA. -C) PROHIBICIÓN DE REGRESAR A ESPAÑA EN LOS DIEZ AÑOS SIGUIENTES A CONTAR DESDE LA FECHA DE LA EXPULSIÓN Y, EN TODO CASO, MIENTRAS NO HAYA PRESCRITO LA PENA.
--

y sustituir por el cuadro siguiente:

- | |
|--|
| <p>-A) DEBER DE ABANDONAR EL TERRITORIO ESPAÑOL.</p> <p>-B) ARCHIVO DE TODOS LOS EXPEDIENTES VINCULADOS A SU SITUACIÓN ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA.</p> <p>-C) PROHIBICIÓN DE REGRESAR A ESPAÑA EN UN PLAZO DE 5 A 10 AÑOS CONTADOS DESDE LA FECHA DE SU EXPULSIÓN, ATENDIDAS LA DURACIÓN DE LA PENA SUSTITUIDA Y LAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL PENADO.</p> |
|--|

Penúltimo bloque página 401

Eliminar:

Finalmente, el artículo 89.3 del CP hace referencia a las consecuencias previstas para el extranjero que intentare quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada en España, bien se trate de una expulsión sustitutiva íntegra o parcial. Como precisa la Circular FGE 2/2006, “tampoco procederá la apertura de nueva causa por desobediencia o quebrantamiento de condena. La respuesta que en todo caso prevé el nuevo artículo 89.3 es la devolución por la autoridad gubernativa”.

Por tanto, aunque no se ha previsto el quebrantamiento consumado en el Código Penal, deberemos tener presente el artículo 58.3 de la LOE que dispone que no será preciso un expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros que:

- a) habiendo sido expulsados, contravengan la prohibición de entrada en España.
- b) los que pretendan entrar ilegalmente en el país.

Bloque correcto:

Respecto al quebrantamiento de la expulsión, dispone el artículo 89.4 CP que *si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.*

Como precisa la Circular FGE 5/2011, “se modifican las consecuencias del quebrantamiento de la prohibición de regreso a España que antes sólo implicaban la devolución al país de origen (y reinicio del cómputo del plazo de prohibición de entrada). Ahora son diferentes según que el extranjero que desobedece la prohibición sea habido en frontera o ya dentro del territorio español.

En el primer caso las consecuencias serán las mismas que antes de la reforma, es decir, se procederá a su devolución gubernativa. En el segundo caso, los

efectos jurídicos consistirán en el cumplimiento de la pena privativa de libertad que hubiera sido sustituida. Se trata de una norma especial que fija el contenido del quebrantamiento de esta medida de seguridad, impidiendo la aplicación del artículo 468.2 CP. Si no fuera así se llegaría al absurdo de hacer depender la existencia del delito de quebrantamiento de condena de una circunstancia aleatoria como es la de ser interceptado o no en frontera”.

También debemos tener presente el artículo 58.3 de la LOE, por el que se dispone que no será preciso un expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros que:

- a) habiendo sido expulsados, contravengan la prohibición de entrada en España.
- b) los que pretendan entrar ilegalmente en el país.

Eliminar:

Siguiente bloque (último párrafo de la página 401).

Finalmente , el art. 89.4 del CO se refiere a lo imperativo del cumplimiento de la pena privativa de libertad en su integridad en España y posterior expulsión del extranjero que sea condenado por unos determinados delitos, mas al no ser objeto de la materia que tratamos no vamos a incidir en ellos, apuntando tan sólo que se ha recogido en el ámbito penal lo que disponía el art. 57.8 de la LOE antes de la reforma por la LO 2/2009 ya que ahora se han reducido a los delitos de los arts. 312.1, 313.1 y 318 bis del CP.

Página 402

Eliminar:

2. El agresor en situación administrativa regular

En cuanto al extranjero en situación administrativa regular en España 94, las consecuencias de una condena penal serían las recogidas en las leyes y reglamentos administrativos dictados en materia de extranjería. Así, conforme al artículo 54.9 del Reglamento de Extranjería (Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) se valorará «en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia y trabajo a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena».

Bloque correcto

2. El agresor en situación administrativa regular

En cuanto al extranjero en situación administrativa regular en España 94, las consecuencias de una condena penal serían las recogidas en las leyes y reglamentos administrativos dictados en materia de extranjería. Así, conforme al artículo 71.5 a) del Reglamento de Extranjería (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) se valorará «*en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia y trabajo a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena*».

94. Artículo 30.1 de la LOE. Situación de estancia. 1. Estancia es la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a 90 días, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 33 para la admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado.

Artículo 30 bis de la LOE. Situación de residencia. 1. Son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir. 2. Los residentes podrán encontrarse en la situación de residencia temporal o de residencia de larga duración.

Se eliminará el penúltimo y último párrafo de la página 402 y primer párrafo de la página 403

Eliminar:

Si el extranjero se encuentra procesado o *imputado* en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, el/la Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación.

En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos Juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización de la expulsión. No obstante lo anterior, el/la Juez podrá autorizar, a instancias del interesado y previa audiencia del Ministerio Fiscal, la salida del extranjero del territorio español en la forma que determina la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No serán de aplicación estas previsiones cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal [art. 57.7.a), b) y c) de la LOE].

Página 403 2º y 3º párrafo

Eliminar:

También podrá expulsarse al ciudadano comunitario aunque siempre de forma excepcional. Como manifiesta la Circular de la FGE 2/2006, «se mantiene por tanto el criterio de que los Sres. Fiscales deberán, con carácter general y salvo supuestos excepcionales, informar negativamente las solicitudes de expulsión relativas a ciudadanos comunitarios y asimilados que, al amparo de lo previsto en los arts. 57.7 LE

y 89 del CP les trasladen para informe los órganos judiciales competentes. Esos supuestos excepcionales habrán de poder ser reconducidos a las razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública a que se refiere el art. 16 del RD 178/2003 y la Directiva 2004/38/CE y respetando las peculiaridades procedimentales establecidas en el art. 17 del referido Decreto».

Las resoluciones de expulsión podrán conllevar para los autores de estos delitos, tanto los no comunitarios (art. 58.1 LO 4/2000) como los comunitarios (art. 15.1 del RD 240/2007) la prohibición de entrada en territorio español.

Bloque correcto:

También podrá expulsarse al ciudadano comunitario aunque siempre de forma excepcional. Como manifiesta la Circular de la FGE 5/2011, « El artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 17 Tratado Constitutivo CE) confiere a todo ciudadano de la Unión Europea un derecho primario e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Es un derecho originario pero de configuración legal pues está sometido a las limitaciones establecidas por la Directiva 2004/38/CE que, en España, han sido recogidas por el Real Decreto 240/2007.

En síntesis ,tal y como se recoge en la circular del la FGE, cabe afirmarse que todos los ciudadanos nacionales de Estados miembros de la Unión Europea o de aquellos países a los que les sea aplicable el régimen comunitario-Noruega, Islandia y Liechtenstein (al haber firmado el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo) y Suiza (por virtud de Acuerdo de 21 de junio de 1999 entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza) tienen reconocido un derecho de residencia en España de carácter originario, de tal manera que no necesitan reconocimiento expreso o acto de autorización o permiso de la autoridad administrativa (artículo. 7.1 RD 240/2007)

Por el contrario, este derecho no se extiende a los miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que sean nacionales de un tercer Estado, pues deberán haber obtenido-para tener la consideración de residentes legales- una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión (artículo 8 RD240/2007).

No obstante, los derechos de libre circulación y residencia reconocidos a cualquier ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea –o de país asimilado- no son absolutos dado que pueden ser suspendidos o limitados por la autoridad administrativa competente.

Ahora bien, conforme al artículo 16 del RD 240/2007, de 16 de febrero: únicamente podrá adoptarse una decisión de expulsión respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o a miembros de su familia, con independencia de su nacionalidad, que hayan adquirido el derecho de residencia permanente en España, si existen motivos graves de orden público o seguridad pública. Asimismo, antes de adoptarse una decisión en ese

sentido, se tendrán en cuenta la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen”.

Se advierte pues que el Derecho de la Unión subordina toda medida de expulsión a que la conducta personal del interesado constituya una amenaza real y actual para un interés fundamental de la sociedad o del Estado miembro de acogida, apreciación que supone, como regla general, la tendencia del individuo interesado a proseguir esa conducta en el futuro. Además, cuando una orden de expulsión del territorio se imponga como pena o medida accesoria a una pena de privación de libertad pero se ejecute más de dos años después de haberse dictado, el Estado miembro debe comprobar la actualidad y realidad de la amenaza para el orden público o la seguridad pública que representa el interesado y examinar cualquier cambio material de circunstancias que pudiera haberse producido desde el momento en que se emitió la orden de expulsión.

En efecto, el Tribunal de Justicia puntualiza que, antes de tomar una decisión de expulsión del territorio por razones de orden público o seguridad pública, el Estado miembro de acogida debe tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en ese Estado y la importancia de los vínculos con su país de origen.

En este contexto, interesa traer a colación la reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 24 de septiembre de 2012, que desestimó el Recurso de Apelación interpuesto por la Delegación del Gobierno en Cantabria, confirmando la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santander de 21 de noviembre de 2011, por la cual se anuló la decisión de la Administración de expulsar del territorio nacional a un extranjero residente de larga duración. Interesantísima sentencia por cuanto expone de forma clara y didáctica la abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre la expulsión de los ciudadanos extranjeros residentes de larga duración. De la misma se desprende nuevamente que *“la condena por un delito, aún siendo condenado con pena de prisión superior a un año, no es suficiente por si sola para apreciar la amenaza real y grave para el orden público”.*

Llegados a este punto, podemos afirmar que los ciudadanos comunitarios y asimilados gozan de una protección especial contra la expulsión, que solo podrá llevarse a cabo a tenor de lo dispuesto en las Directivas europeas y en atención a lo dicho por el TJUE en su prolífica jurisprudencia al respecto.

PÁGINA 407 Y 408.

Eliminar a partir del 4º párrafo :

La referencia a la Ley 1/1996 de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita es obvia, por cuanto en la misma se recogen los requisitos a cumplir por la solicitante, española o

extranjera que se encuentre en España (art. 1) cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

El art. 3.5 de la Ley 1/1996, introducido por la disposición final sexta de la LO 1/2004, establece que no será necesario que las víctimas de violencia de género acrediten previamente carecer de recursos cuando soliciten defensa jurídica gratuita especializada, de modo que se les prestará de inmediato, sin perjuicio de que si no se les reconoce con posterioridad el derecho a la misma, éstas deban abonar al Abogado/a, y al Procurador/a cuando intervenga, los honorarios y derechos devengados.

Por tanto, el derecho a la asistencia jurídica gratuita se reconocerá a todas aquellas personas físicas, independientemente de su nacionalidad y de que su situación administrativa en nuestro país, sea o no regular 96, y siempre que sus recursos e ingresos económicos, computados anualmente y por todos los conceptos 97, no superen el doble del salario mínimo interprofesional vigente al momento de efectuar la solicitud 98, añadiendo el art. 5 de la Ley 1/1996 que «en atención a las circunstancias de familia del solicitante, número de hijos ofamiliares a su cargo, estado de salud, obligaciones económicas que sobre él pesen, costes derivados de la iniciación del proceso u otras de análoga naturaleza, objetivamente evaluadas, y, en todo caso, cuando el solicitante ostente la condición de ascendiente de una familia numerosa de categoría especial, la

96. El art. 22.1 de la LOE recoge que «los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan, en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles».

97. El art. 3.3 de la Ley 1/1996 establece que los medios económicos podrán, sin embargo, ser valorados individualmente, no teniéndose en cuenta los ingresos de la unidad familiar, cuando el/la solicitante acredite la existencia de intereses familiares contrapuestos en el litigio para el que se solicita la asistencia, lo que se considera tiene lugar cuando, por ejemplo, si de lo que se trata es de demandar o denunciar al cónyuge.

98. Desde julio de 2004 las referencias en esta materia al Salario Mínimo Interprofesional (SMI) se entenderán hechas al Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples (IPREM), en aplicación de lo establecido en el Real Decreto-Ley 3/2004, de 25 de junio.

Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita ante la que se presente la solicitud podrá conceder excepcionalmente, mediante resolución motivada, el reconocimiento del derecho a las personas cuyos recursos e ingresos, aun superando los límites previstos en el artículo 3, no excedan del cuádruplo del salario mínimo interprofesional».

El beneficio se extenderá a los herederos de la víctima de haber fallecido ésta como consecuencia del acto de violencia de género (art. 20.1) y debiéndose interpretar que siempre será así de tener derecho al beneficio de la justicia gratuita, ya que dicho beneficio se concede ante la falta de recursos y no por ser víctima de un delito, ni heredero de la misma. Consecuentemente, el art. 20 de la LO 1/2004 viene a facilitar también a los herederos su concesión provisional.

Bloque correcto:

La referencia a la Ley 1/1996, de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita es obvia, por cuanto en la misma se recogen los requisitos a cumplir por la solicitante, española o extranjera que se encuentre en España (arts. 1 y 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero).

El art. 2, letra g), introducida por el número uno del artículo 2 del R.D.-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita («B.O.E.» 23 febrero), establece que *“con independencia de la*

existencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita, que se les prestará de inmediato, a las víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos en aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas, así como a los menores de edad y las personas con discapacidad psíquica cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato.

Este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima, siempre que no fuera el agresor.

A los efectos de la concesión del beneficio de justicia gratuita, la condición de víctima se adquirirá cuando se formule denuncia o querrela, o se inicie un procedimiento penal, por alguno de los delitos a que se refiere este apartado, y se mantendrá mientras permanezca en vigor el procedimiento penal o cuando, tras su finalización, se hubiere dictado sentencia condenatoria. El beneficio de justicia gratuita se perderá en caso de sentencia absolutoria firme o archivo firme del procedimiento penal, sin la obligación de abonar el coste de las prestaciones disfrutadas gratuitamente hasta ese momento.”

Hay que decir que dicho artículo ha dado lugar a no pocas polémicas, por reconocer a las mujeres que adquieran la condición de víctima de violencia de género, en todo caso y con independencia de sus recursos económicos, el derecho a la justicia gratuita.

Con carácter general, el derecho a la asistencia jurídica gratuita se reconocerá a todas aquellas personas físicas, independientemente de su nacionalidad y de que su situación administrativa en nuestro país, sea o no regular 96, y siempre que sus recursos e ingresos económicos brutos, computados anualmente y por todos los conceptos y por unidad familiar 97, no superen los siguientes umbrales: a) Dos veces el indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento de efectuar la solicitud 98 cuando se trate de personas no integradas en ninguna unidad familiar; b) Dos veces y media el indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento de efectuar la solicitud cuando se trate de personas integradas en alguna de las modalidades de unidad familiar con menos de cuatro miembros; c) El triple de dicho indicador cuando se trate de unidades familiares integradas por cuatro o más miembros.

El art. 5 de la Ley 1/1996 añade que “1. *En atención a las circunstancias de familia del solicitante, número de hijos o familiares a su cargo, las tasas judiciales y otros costes derivados de la iniciación del proceso, u otras de análoga naturaleza, objetivamente evaluadas y, en todo caso, cuando el solicitante ostente la condición de ascendiente de una familia numerosa de categoría especial, la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita ante la que se presente la solicitud podrá conceder excepcionalmente, mediante resolución motivada, el reconocimiento del derecho a las personas cuyos recursos e ingresos, aun superando los límites previstos en el artículo 3, no excedan del quíntuplo del indicador público de renta de efectos múltiples, teniendo en cuenta además la carencia de patrimonio suficiente.*2. *En las mismas condiciones señaladas en el párrafo anterior, se podrá reconocer el derecho a*

la asistencia jurídica gratuita atendiendo a las circunstancias de salud del solicitante y a las personas con discapacidad señaladas en el apartado 2 artículo 1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, así como a las personas que los tengan a su cargo cuando actúen en un proceso en su nombre e interés, siempre que se trate de procedimientos que guarden relación con las circunstancias de salud o discapacidad que motivan este reconocimiento excepcional.

En tales casos, la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita correspondiente determinará expresamente qué prestaciones de las contempladas en el artículo 6 son de aplicación al solicitante.”

El beneficio se extenderá a los herederos de la víctima de haber fallecido ésta como consecuencia del acto de violencia de género (art. 20.1), debiéndose interpretar que siempre será así de tener derecho a la justicia gratuita, ya que dicho beneficio se concede ante la falta de recursos y no por ser víctima de un delito, ni heredero de la misma. Consecuentemente, el art. 20 de la LO 1/2004 viene a facilitar también a los herederos su concesión provisional.

96. El art. 22.1 de la LOE recoge que «los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan, en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles».

97. El art. 3.3 de la Ley 1/1996 establece que los medios económicos podrán, sin embargo, ser valorados individualmente, no teniéndose en cuenta los ingresos de la unidad familiar, cuando el/la solicitante acredite la existencia de intereses familiares contrapuestos en el litigio para el que se solicita la asistencia, lo que se considera tiene lugar cuando, por ejemplo, si de lo que se trata es de demandar o denunciar al cónyuge.

98. Desde julio de 2004 las referencias en esta materia al Salario Mínimo Interprofesional (SMI) se entenderán hechas al Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples (IPREM), en aplicación de lo establecido en el Real Decreto-Ley 3/2004, de 25 de junio

Eliminar de la página 408 el cuadro:

CONTENIDO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

1. Defensa y representación gratuitas (Abogado/a y Procurador/a).
2. Características esenciales de la asistencia jurídica: inmediatez y especialización.
3. Se extiende a todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida.
4. Una misma dirección letrada asumirá la defensa de la víctima.
5. Defensa jurídica especializada (turno especializado del Colegio de Abogados respectivo).
6. Defensa jurídica inmediata a todas las víctimas de violencia de género que lo soliciten. Si posteriormente no se les reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita, deberá abonar al Letrado/a y Procurador/a los honorarios devengados por su intervención.

se sustituye por :

CONTENIDO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

1. Defensa y representación gratuitas (Abogado/a y Procurador/a).
2. Características esenciales de la asistencia jurídica: inmediatez y especialización.
3. Se extiende a todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida.
4. Una misma dirección letrada asumirá la defensa de la víctima.
5. Defensa jurídica especializada (turno especializado del Colegio de Abogados respectivo).
6. Defensa jurídica inmediata a todas las víctimas de violencia de género que lo soliciten.

Página 410

Eliminar a partir del 2º párrafo:

3. Tan pronto como el/la Letrado/a del turno de oficio sea llamado/a desde una dependencia policial, Juzgado de Guardia o Juzgado de Violencia sobre la Mujer, con la finalidad de asistir jurídicamente a una mujer víctima:

3.1. Debe presentarse a la mayor celeridad posible, facilitando a la víctima, por escrito, sus datos personales y la forma más idónea de ser localizado.

3.2. Advertirá a la defendida que, de no serle reconocido con posterioridad el derecho a la asistencia jurídica gratuita, deberá la mujer abonar los honorarios correspondientes. De esta advertencia habrá de quedar constancia documentada y la solicitud debe ser presentada en el Colegio de Abogados en el plazo máximo de 48 horas –a contar desde el momento en que se hubiese recibido la primera asistencia–, o bien en el Registro correspondiente del Juzgado de su domicilio, no siendo necesario que en la misma se incluyan los justificantes económicos que acrediten sus recursos económicos, extremo que deberá acreditarse con posterioridad ante el Colegio de Abogados. El/la Abogado/a deberá asimismo informar a la víctima de que la información fiscal y catastral puede ser obtenida por el Colegio de Abogados si ella lo autoriza, facilitándole el impreso correspondiente si desea prestar dicha autorización.

Bloque correcto:

3. Tan pronto como el/la Letrado/a del turno de oficio sea llamado/a desde una dependencia policial, Juzgado de Guardia o Juzgado de Violencia sobre la Mujer, con la finalidad de asistir jurídicamente a una mujer víctima, debe presentarse a la mayor celeridad posible, facilitando a la víctima, por escrito, sus datos personales y la forma más idónea de ser localizado.

Páginas 449, 450 y 451

Eliminar:

1. Solicitud de la nacionalidad española

La adquisición de la nacionalidad española por una mujer extranjera derivada de su residencia legal en España se rige por los arts. 21 a 23 del Código Civil (CC) y arts. 63 y siguientes de la Ley del Registro Civil 110. En principio, el que la mujer sea víctima de violencia de género no influye en la posibilidad de adquirir la nacionalidad española por residencia, podría ser una causa para concurrir en ella circunstancias excepcionales, pero esta vía de acceso a la nacionalidad española depende de la discrecionalidad del Gobierno y no es garantía de concesión.

Para poder solicitar la nacionalidad española por residencia –que debe ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud– se le exigirá un tiempo de residencia legal. Deberá residir legalmente en España: 10, 5, 2 ó 1 año, según la situación jurídico-familiar en la que se encuentre, de manera continuada e inmediatamente antes de presentar la solicitud.

En este sentido, la jurisprudencia ha matizado (SSTS, Sala Tercera, de 23 de noviembre de 2000, entre otras) el concepto de residencia continuada, entendiendo que «tal requisito debe ponerse en directa relación con el concepto de residencia que establece el artículo 13.1 de la Ley 7/85, de modo que la no presencia física ocasional y por razones justificadas del territorio español no presupone el incumplimiento del requisito de residencia continuada siempre que no se traslade la residencia habitual y por ende el domicilio fuera del territorio español», admitiéndose que «la residencia continuada (...) no significa que la misma sea tenida por absoluta, pues, según declaramos en nuestras

Sentencias de veintisiete de julio de dos mil cuatro –recurso de casación 6085/2004– y veintidós de diciembre de dos mil tres –recurso de casación 4694/1999–, el extranjero residente legalmente

en España puede viajar fuera del territorio nacional, mientras que éstos viajes sean esporádicos o bien necesarios» (STS de 29 de noviembre de 2005, Rec. 3183/2001).

Existe, pues, un plazo abreviado de residencia del que se puede beneficiarla mujer extranjera cuando se den las siguientes circunstancias:

A) Que haya contraído matrimonio con un ciudadano español y si al tiempo de la solicitud lleva un año casada y no está separada legalmente o de hecho, le bastará un año de residencia para la obtención de la nacionalidad española.

B) Que además concurren los siguientes requisitos:

– En el momento de presentar la solicitud, y como ya hemos dicho en el apartado anterior, ha de estar casada con un ciudadano español. Aunque sea criticable, no se puede beneficiar de este plazo la mujer que conviva en pareja de forma estable sin estar unida por el vínculo conyugal.

– El matrimonio debe ser válido en España.

– El matrimonio debe haber tenido una continuidad de un año, computada desde el momento de la presentación de la solicitud hacia atrás.

– Debe existir convivencia conyugal efectiva (STS, Sección 6.ª, de 4 de junio de 2008).

– Debe haber residido en España legalmente, al menos durante un año.

110. Ley de 8 de junio de 1957 y sus modificaciones.

Lo anterior no significa que deba demostrar un año de residencia legal en España y otro año de matrimonio con un ciudadano español, bastará con un solo año si mientras reside legalmente en España está casada con español o española.

El matrimonio con español o española podrá probarse mediante certificado de matrimonio inscrito en el Registro Civil español, lo que acreditará que no están divorciados, y certificado literal de nacimiento del cónyuge español. No bastará que el matrimonio esté inscrito en un Registro Civil extranjero, pues ello no significará que sea válido en España.

La convivencia conyugal se acreditará mediante el certificado de convivencia o empadronamiento conjunto y las declaraciones efectuadas por los contrayentes en la audiencia personal y reservada que mantengan con el/la Juez del Registro Civil del domicilio. El requisito de la residencia se acreditará conforme al art. 22.1, párrafo 4.º del Reglamento de la Ley de Registro Civil.

En el supuesto de separación, durante la tramitación del expediente de adquisición de la nacionalidad española, cualquier cambio de circunstancias que se produzca con posterioridad a la presentación de la solicitud no debe influir.

No obstante, se ha denegado la nacionalidad española a una extranjera porque durante la tramitación del expediente ante la DGRN recayó sentencia de disolución del vínculo matrimonial, lo que impide apreciar la exigida convivencia matrimonial (SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, de 3 de julio de 2002). Igualmente se ha denegado la nacionalidad porque no se acredita la convivencia conyugal y existen dudas acerca de si el matrimonio es simulado, en un supuesto en el que el interesado, obtenida su residencia legal en España, solicitó la adquisición de la nacionalidad española, sin esperar ni un solo día, lo que evidenció una premeditación de los actos del interesado a este fin y porque, inmediatamente después de solicitar la nacionalidad, se interpone la

demanda de divorcio y ya existían medidas provisionales adoptadas con anterioridad, aunque se reanudara la convivencia esporádicamente (SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, de 27 de junio de 2002).

Así pues y ante la pregunta ¿qué incidencia puede tener la violencia de género en la abreviación del plazo de residencia?, hemos de responder que el artículo 22.2.º d) del CC no establece excepciones a la regla general, según la cual se exige que la convivencia no esté rota, ni de hecho ni de derecho 111. No obstante, no puede exigirse a la mujer que siga conviviendo con su pareja cuando existen malos tratos y además se haya decretado una orden de alejamiento. Por estos motivos, en los supuestos de violencia de género debe considerarse que existe causa justificada que avala la interrupción de la convivencia de hecho, sin que ello implique el incumplimiento de los presupuestos normativos para adquirir la nacionalidad española por el plazo abreviado de un año. La tendencia actual a considerar que la separación conyugal, motivada por desavenencias conyugales, impide apreciar la existencia de convivencia a la hora de abreviar el plazo de residencia debe cambiar, particularmente cuando dichas «desavenencias conyugales» tienen que ver con la violencia de género y, más aún, si existe una orden de alejamiento.

Eso sí, esto sólo será posible en los casos en que exista un matrimonio válido en España, pues la violencia de género no ampara una reducción del plazo de residencia por sí misma, sino sólo el no cumplimiento del presupuesto legal exigido por la norma para hacer valer el plazo de abreviación en caso de matrimonio.

111. Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de marzo de 2007, Sección 3.ª, Recurso núm. 461/2004.

Bloque correcto:

1. Solicitud de la nacionalidad española

La adquisición de la nacionalidad española por una mujer extranjera, derivada de su residencia legal en España, se rige por los arts. 21 a 23 del Código Civil (CC), la disposición adicional tercera y el art. 68 de la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil.

Que la mujer sea víctima de violencia de género no influye en la posibilidad de adquirir la nacionalidad española por residencia. No obstante, el Gobierno podrá conceder la nacionalidad española por carta de naturaleza si considera que en la mujer concurren circunstancias excepcionales para su concesión, todo ello sin perjuicio de que esta vía de acceso depende de la discrecionalidad del Gobierno y, por tanto, no es garantía de concesión.

Para poder solicitar la nacionalidad española por residencia – que debe ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud- se le exigirá a la mujer un tiempo de residencia legal. Deberá residir legalmente en España: 10, 5, 2 ó 1 año, según la situación jurídico-familiar en la que se encuentre, de manera continuada e inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud. En este sentido, la jurisprudencia (SSTS, Sala Tercera, de 23 de noviembre de 2000, entre otras) ha matizado el concepto de residencia continuada, entendiendo que *«tal requisito debe ponerse en directa relación con el concepto de residencia que establece el artículo 13.1 de la Ley 7/85, de 1 de julio (actual art.30 bis de la LOEX) de modo que la no presencia física*

ocasional y por razones justificadas del territorio español no presupone el incumplimiento del requisito de residencia continuada, siempre que no se traslade la residencia habitual y por ende el domicilio fuera del territorio español», admitiéndose que «la residencia continuada (...) no significa que la misma sea tenida por absoluta, pues, según declaramos en nuestras Sentencias de veintisiete de julio de dos mil cuatro –recurso de casación 6085/2004– y veintidós de diciembre de dos mil tres –recurso de casación 4694/1999–, el extranjero residente legalmente en España puede viajar fuera del territorio nacional, mientras que éstos viajes sean esporádicos o bien necesarios» (STS de 29 de noviembre de 2005, Rec. 3183/2001).

Hay que insistir en que existe un plazo abreviado de residencia del que puede beneficiarse la mujer extranjera, bastando un año de residencia legal para la obtención de la nacionalidad cuando se den las siguientes circunstancias:

- A) Haber contraído matrimonio con ciudadano/a español/a, si al tiempo de la solicitud lleva un año casada y no está separada legalmente o de hecho.
- B) Que además concurren los siguientes requisitos:

- En el momento de presentar la solicitud, y como ya hemos dicho en el apartado anterior, ha de estar casada con ciudadano/a español/a. Aunque sea criticable, no podrá beneficiarse de este plazo la mujer que conviva en pareja de forma estable sin estar unida por el vínculo conyugal.

- El matrimonio debe ser válido en España.

- El matrimonio debe haber tenido una continuidad de un año, computada desde el momento de la presentación de la solicitud hacia atrás.

- Debe existir convivencia conyugal efectiva (STS, Sección 6.ª, de 4 de junio de 2008).

- Debe haber residido en España legalmente, al menos durante un año. Lo anterior no significa que deba demostrar un año de residencia legal en España y otro año de matrimonio con ciudadano/a español/a, bastará con un solo año si mientras reside legalmente en España está casada con español o española.

El matrimonio con español o española podrá probarse mediante certificado de matrimonio inscrito en el Registro Civil español, lo que acreditará que no están divorciados, y certificado literal de nacimiento del cónyuge español. No será suficiente que el matrimonio esté inscrito en un Registro Civil extranjero, pues ello no significa que sea válido en España.

La convivencia conyugal se demostrará mediante certificado de convivencia o empadronamiento conjunto, así como con las declaraciones efectuadas por los contrayentes en la audiencia personal y reservada que mantengan con el/la Juez del Registro Civil del domicilio.

Cualquier cambio de las circunstancias con posterioridad a la presentación de la solicitud no debería influir. Sin embargo, en la práctica, se ha llegado a denegar a la mujer la nacionalidad española por recaer sentencia de disolución del vínculo matrimonial durante la tramitación del expediente ante la DGRN, porque, según la SAN-Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, de 3 de julio de 2002- ello impide apreciar la exigida convivencia matrimonial.

Igualmente cabe la denegación de la nacionalidad de no acreditarse la convivencia conyugal y existir dudas acerca de si el matrimonio es o no simulado. Es el supuesto estudiado en la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, de 27 de junio de 2002, ya que el interesado, una vez obtenida su residencia legal en España, solicitó la adquisición de la nacionalidad española sin esperar ni un solo día, lo que evidenció una premeditación de sus actos porque, inmediatamente después de solicitar la nacionalidad, interpuso demanda de divorcio y existían medidas provisionales adoptadas con anterioridad, aunque la convivencia se reanudara esporádicamente.

Así pues y ante la pregunta ¿qué incidencia puede tener la violencia de género en la abreviación del plazo de residencia legal?, hemos de responder que el art. 22.2º d) del Código Civil no establece excepciones a la regla general, según el cual se exige que la convivencia no esté rota, ni de hecho ni de derecho.¹¹¹ Pese a ello, no debe exigírsele a la mujer que siga conviviendo con su pareja cuando existan malos tratos y además se haya decretado una orden de alejamiento. Por estos motivos, en los supuestos de violencia de género, debería considerarse la existencia de causa justificada que avale la interrupción de la convivencia de hecho, sin que ello implique el incumplimiento de los presupuestos normativos para adquirir la nacionalidad española por el plazo abreviado de un año. La tendencia actual de considerar que la separación conyugal, motivada por desavenencias conyugales, impide apreciar la existencia de convivencia a la hora de abreviar el plazo de residencia, debe cambiar. Particularmente cuando dichas «desavenencias conyugales» tienen que ver con la violencia de género y, más aún, si existe una orden de alejamiento. Lo expuesto solo será posible en los casos en que exista un matrimonio válido en España, pues la violencia de género no ampara una reducción del plazo de residencia por sí misma, sólo contempla el incumplimiento del presupuesto legal exigido por la norma respecto al plazo de abreviación en caso de matrimonio.

111. Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de marzo de 2007, Sección 3.ª, Recurso núm. 461/2004.

Páginas 452, 453,454,455 y 456

Eliminar:

2. La incidencia de la concesión de una Orden de Protección para la mujer extranjera víctima de violencia de género.

En el ámbito de los aspectos jurídicos procesales, y con relación a la mujer extranjera víctima de la violencia de género, hemos de distinguir dos situaciones:

1. Mujer inmigrante en situación administrativa regular, para la que el tratamiento legal será el mismo que el de cualquier ciudadana española o comunitaria.

2. Mujer inmigrante en situación administrativa irregular, cuyo tratamiento legal reviste ciertas especialidades que se expondrán a continuación.

Efectivamente, la mujer extranjera víctima de violencia de género en situación irregular constituye el colectivo más necesitado de protección por su triple condición: Mujeres, Inmigrantes e Irregulares. Por ello resultan más vulnerables a la situación de maltrato que sufren, como consecuencia del miedo que tienen a que se acuerde la expulsión, ya sea la propia o la de su marido o pareja, en el supuesto de optar por denunciar al maltratador.

La Ley Integral contra la Violencia de Género, conocedora de la vulnerabilidad de la mujer extranjera, dispone en su artículo 17 que garantizará los derechos reconocidos en la misma a todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Y en su artículo 32 añade que se considerará de forma especial la situación de las mujeres que, por sus circunstancias personales mayores dificultades para acceder a los servicios previstos en esta Ley, entre las que destacan las mujeres inmigrantes ¹¹². A continuación pasamos a distinguir las distintas situaciones en las que se puede encontrar la mujer extranjera y que a nuestro juicio son de sumo interés:

2.1. Mujer extranjera no comunitaria

En relación al régimen general de extranjería, se debe recordar que si la mujer está reagrupada, y por tanto en situación administrativa regular, y ha sido víctima de violencia de género podía, antes de la reforma de la LOE por la LO 2/2009, en virtud del art. 41.2.b) del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (LOE) y su integración social, solicitar una autorización de residencia independiente desde el momento que se hubiera dictado una Orden de Protección (o se haya emitido el Informe del Ministerio Fiscal previsto en el art. 23 de la Ley Orgánica 1/2004) que indicara la existencia de indicios de que la solicitante era víctima de violencia de género.

En la actualidad, a pesar de la reforma la LOE, en su artículo 19.2 mantiene prácticamente su redacción antigua en lo que a materia de violencia de género se refiere, al disponer que «El cónyuge reagrupado podrá obtener una autorización de residencia independiente cuando disponga de medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades», añadiendo su párrafo 2.º que «en caso de que la cónyuge reagrupada fuera víctima de violencia de género, sin necesidad de que se haya cumplido el requisito anterior, podrá obtener la autorización de residencia y trabajo independiente, desde el momento en que se hubiera dictado a su favor una orden de protección o, en su defecto, informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género».

¹¹². Para mayor abundamiento, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, modificada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, ha introducido el artículo 31 bis, que en su apartado 1.º expresa que las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen garantizados los derechos reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como las medidas de protección y seguridad establecidas en la legislación vigente.

En virtud del art. 17.4 de la LOE, resulta igualmente de aplicación aquel artículo a favor de la pareja, o persona con la que el extranjero residente mantenga una relación de afectividad análoga a la conyugal. Esa existencia de relación de afectividad análoga a la conyugal deberá acreditarse mediante certificación expedida por el órgano encargado del Registro de parejas correspondiente.

Asimismo, debe entenderse vigente lo regulado sobre esta materia en la Instrucción DGI/SGRJ/05/2008, de 16 de junio, de la Dirección General de Inmigración a Delegados y Subdelegados de Gobierno, en materia de acceso a la situación de residencia independiente por el cónyuge reagrupado víctima de violencia de género. Y ello porque lo actualmente dispuesto en la propia Ley Orgánica trae como antecedente el contenido de la Instrucción, aunque a diferencia de ésta ya no se entenderá excepcional la toma en consideración del Informe del Ministerio Fiscal indicativo de la

existencia de indicios de violencia de género, obteniéndose además no solo la autorización de residencia sino también la de trabajo, mientras que la Instrucción se refiere tan sólo a la autorización de residencia, siendo lo fundamental el dictado de una sentencia de condena, aunque no hubiera sido acordada previamente una Orden de Protección.

Por tanto, aunque deba entenderse derogado lo dispuesto en el art. 41.2.b) del Reglamento aprobado por RD 2393/2004, al ser superada su previsión por lo establecido en cuanto al cónyuge/pareja víctima de violencia de género por la propia Ley Orgánica de Extranjería, se entiende vigente el art. 41.3 del Reglamento que la desarrolla, de modo que, de existir otros familiares reagrupados, éstos conservarán la autorización de residencia por reagrupación familiar concedida y dependerán, a efectos de renovación, del cónyuge/pareja que accede a la situación de residencia independiente.

2.2. Mujer extranjera familiar de un ciudadano comunitario

La legislación aplicable a los comunitarios, o si se trata de una mujer «familiar»¹¹³ de un ciudadano comunitario, es principalmente el RD 240/07, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de la Unión Europea.

En los supuestos de residencia temporal, si se acredita que han existido circunstancias especialmente difíciles, como el haber sido víctima de violencia de género durante el matrimonio o situación de pareja registrada [art 9.4.c) del RD 240/2007], hecho que se acreditará de manera provisional cuando exista una Orden de Protección a su favor, o Informe del M.º Fiscal y de forma definitiva con la sentencia de condena por delito o falta, la residencia legal se mantendrá hasta el dictado de la sentencia penal y se prorrogará seis meses más, periodo de tiempo en el que deberá solicitar el cambio de régimen de extranjería (conforme a lo previsto en el art. 96.5 del Reglamento de la LOE aprobado por el RD 2393/2004, de 30 de diciembre) 114.

Es importante destacar que si no se solicita una autorización independiente por parte de la mujer, y para el caso de que se produzca la ruptura del matrimonio o pareja, la Tarjeta de Familiar de Comunitario se extinguirá y pasará a tener una situación administrativa irregular-

113. El art. 2 del RD 240/2007 entiende por tal tanto a la mujer que tenga un vínculo conyugal con un ciudadano nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, o de un Estado parte en el Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia y Liechtenstein) o de Suiza, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, como a la mujer que tenga con éste una unión análoga a la conyugal inscrita en un Registro público establecido a estos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea, o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia y Liechtenstein) o Suiza.

114. Si se tiene duda de que el dictado de la Sentencia penal no va a ser de condena, tener en cuenta la redacción del art. 9.4 del RD 240/2007. También tener en cuenta lo regulado en este artículo en atención a si el dictado de la Sentencia civil es anterior o posterior a la Sentencia del procedimiento penal.

2.3. Mujer extranjera en situación administrativa irregular

Antes de la última reforma de la LOE, la mujer extranjera en situación irregular podía solicitar y obtener un permiso de residencia por ser víctima de violencia de género. El art. 45.4.a) del Reglamento de la LOE preveía esta posibilidad, al regular una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales en la modalidad de autorización por razones humanitarias, aclarando en su art. 46.3 que dicha solicitud sólo se podría presentar cuando se hubiera dictado a favor de la víctima una Orden judicial de Protección y se concedería en el momento en el que recayera la correspondiente sentencia de condena por delito (no por falta, a diferencia de la regulación existente para los familiares de ciudadanos comunitarios). La Instrucción 14/2005, de 29 de julio, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre actuación de dependencias policiales en relación con mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica o de género en

situación administrativa irregular establece, en el supuesto de que se detecte por la autoridad policial que la mujer se encuentra en situación irregular, la incoación de un procedimiento sancionador que te condena por delito relacionado con actos de violencia de género.

Actualmente, la LO 2/2009 ha introducido un art. 31 bis, cuyo apartado 2.º y siguientes dispone que la concesión de una Orden de Protección (o Informe del M.º Fiscal) supondrá la posibilidad para la víctima extranjera en situación irregular de solicitar una autorización de residencia y también de trabajo, la cual se concedería una vez se dictara una sentencia de condena, sin distinguir entre condena por delito o por falta de violencia de género, con posibilidad, muy acertada a nuestro entender, de que en el intervalo del tiempo existente entre la solicitud del permiso y su concesión una vez dictada sentencia de condena, se le conceda una autorización provisional de residencia y trabajo que le supondrá a la víctima la desvinculación económica de su cónyuge o pareja. Así, el texto legal expresa:

Artículo 31 bis. «2. Si al denunciarse una situación de violencia de género contra una mujer extranjera se pusiera de manifiesto su situación irregular, el expediente administrativo sancionador incoado por infracción del artículo 53.1.a) de esta Ley será suspendido por el instructor hasta la resolución del procedimiento penal.

3. La mujer extranjera que se halle en situación descrita en el apartado anterior, podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género. Dicha autorización no se resolverá hasta que concluya el procedimiento penal. Sin perjuicio de lo anterior, la autoridad competente para otorgar la autorización por circunstancias excepcionales podrá conceder una autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la mujer extranjera. La autorización provisional eventualmente concedida concluirá en el momento en que se conceda o deniegue definitivamente la autorización por circunstancias excepcionales.

4. Cuando el procedimiento penal concluyera con una sentencia condenatoria, se notificará a la interesada la concesión de la residencia temporal y de trabajo solicitado. En el supuesto de que no se hubiera solicitado, se le informará de la posibilidad de conceder a su favor una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales otorgándole un plazo para su solicitud.

Cuando del procedimiento penal concluido no pudiera deducirse la situación de violencia de género, continuará el expediente administrativo sancionador inicialmente suspendido».

De la lectura del precepto parece desprenderse que la LOE ha incorporado a su texto parte de aquella Instrucción 14/2005, presuponiendo que a la mujer extranjera se le incoará un expediente sancionador. Lo expuesto constituye un motivo de preocupación, ya que las mujeres en situación irregular pueden verse sometidas a un procedimiento de expulsión cuando acudan a denunciar el maltrato que padecen. Por tanto, la reforma no viene a incentivar las denuncias de estas víctimas, a lo que hay que sumar el hecho de que en materia de violencia de género somos conscientes de la dificultad que existe, muchas veces por la falta de pruebas o por la actitud de la víctima ante el procedimiento judicial que la lleva a acogerse a la dispensa del deber de declarar, a la hora de obtener sentencias de condena pese a la veracidad de los hechos denunciados.

Bloque correcto:

2. Incidencia de la concesión de una Orden de Protección para la mujer extranjera víctima de violencia de género.

En el ámbito de los aspectos jurídicos procesales, y con relación a la mujer extranjera en situación de violencia de género, hemos de distinguir básicamente dos realidades:

1. Mujer inmigrante en situación administrativa regular, para quien el tratamiento legal será el mismo que el dispensado a cualquier ciudadana española o comunitaria.
2. Mujer inmigrante en situación administrativa irregular, cuyo tratamiento legal reviste ciertas especialidades que se expondrán a continuación.

En este contexto la mujer extranjera víctima de violencia de género en situación irregular constituye lamentablemente el colectivo más necesitado de protección, por su triple condición: mujer, inmigrante e irregular. Razón por la que resultan más vulnerables a la situación de maltrato que padecen, pues temen que si deciden denunciar al maltratador se acuerde su expulsión o la de su marido o pareja por razones de dependencia económica u otras.

La Ley Integral contra la Violencia de Género, conocedora de la vulnerabilidad de la mujer extranjera, dispone en su art. 17 que *“todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, tienen garantizados los derechos reconocidos en esta Ley”*. Para luego añadir en su art. 32.4 que *“ en las actuaciones previstas en este artículo se considerará de forma especial la situación de las mujeres que, por sus circunstancias personales y sociales puedan tener mayor riesgo de sufrir la violencia de género o mayores dificultades para acceder a los servicios previstos en esta Ley, tales como las pertenecientes a minorías, las inmigrantes, las que se encuentran en situación de exclusión social o las mujeres con discapacidad”*. 112

Seguidamente vamos a distinguir las circunstancias más comunes en las que puede encontrarse una mujer extranjera y que a nuestro juicio son de sumo interés:

2.1. Mujer extranjera extracomunitaria

En este apartado, relativo al régimen general de extranjería, distinguiremos tres situaciones:

A) Mujer en situación administrativa regular, independiente del agresor.

En este supuesto la situación legal de la mujer en España no va a verse afectada ni por la orden de protección que en su favor se dicte, venga o no seguida de sentencia penal de condena, ni por la nulidad, divorcio o separación legal que se pueda llegar a acordar.

B) Mujer en situación administrativa regular, dependiente del agresor. Recordemos que la mujer reagrupada víctima de violencia de género podía, antes de la reforma de la LOE por la LO 2/2009 y en virtud del art. 41.2.b) del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, solicitar una autorización de residencia independiente desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección o emitido el Informe del Ministerio Fiscal,

112. A mayor abundamiento, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, modificada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, ha introducido el artículo 31 bis, que en su apartado 1.º expresa que las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen garantizados los derechos reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como las medidas de protección y seguridad establecidas en la legislación vigente.

previsto en el art. 23 de la Ley Orgánica 1/2004 y del que se dedujese la situación de violencia de género por parte de la solicitante.

En la actualidad, tras la reforma de la Ley Orgánica de Extranjería, el art. 19.2 de la citada ley mantiene prácticamente la redacción antigua, en lo que a materia de violencia de género se refiere, al disponer que *«El cónyuge reagrupado podrá obtener una autorización de residencia independiente cuando disponga de medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades»*, añadiendo su párrafo 2.º que *«en caso de que la cónyuge reagrupada fuera víctima de violencia de género, sin necesidad de que se haya cumplido el requisito anterior, podrá obtener la autorización de residencia y trabajo independiente, desde el momento en que se hubiera dictado a su favor una orden de protección o, en su defecto, informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género»*.

Por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 17.4 de la LOE, el art. 19.2 también ampara a la pareja o persona con la que el/la extranjero/a residente mantenga una relación de afectividad análoga a la conyugal. Conforme al art. 53.b) del Reglamento de extranjería, se considerará que existe relación de análoga afectividad a la conyugal cuando: dicha relación se encuentre inscrita en un registro público establecido a esos efectos y no se haya cancelado dicha inscripción o se acredite la vigencia de una relación no registrada y constituida con carácter previo al inicio de la residencia del reagrupante en España. A dichos efectos, sin perjuicio de la posible utilización de cualquier medio de prueba admitido en Derecho, tendrán prevalencia los documentos emitidos por una autoridad pública.

Finalmente, hemos de indicar que la Instrucción DGI/SGRJ/05/2008, de 16 de junio (de la Dirección General de Inmigración a Delegados y Subdelegados de Gobierno, en relación con los supuestos de personas extranjeras que hayan sido víctimas de determinados delitos, incluidos los de conducta violenta ejercida en el entorno familiar ó de violencia de género), debe entenderse derogada al haber sido incorporado su contenido al Reglamento aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

C) Mujer en situación administrativa irregular; Si al denunciarse una situación de violencia de género sufrida por una mujer extranjera se pusiera de manifiesto su situación irregular, no se incoará expediente administrativo sancionador por infracción del art. 53.1 a)113 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero y, de haberse iniciado con anterioridad a la denuncia, se suspenderá el expediente administrativo sancionador o, en su caso, la ejecución de las órdenes de expulsión o devolución eventualmente acordadas (art. 31 bis LOEX y 131 RELOEX).

En este sentido se pronuncia la Instrucción DGI/SGRJ/6/2011¹¹⁴, relativa a los arts. 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España y su integración social, en su redacción dada por Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, a fin de evitar cualquier duda respecto a la total

113 Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente

114 Queda derogada la Instrucción número 14/2005, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre actuación de dependencias policiales en relación con mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica o de género en situación administrativa irregular.

protección de la mujer extranjera víctima de la violencia de género o trata de seres humanos.

Llegados a este punto, la mujer extranjera que se halle en la situación anteriormente descrita, podrá solicitar una autorización temporal de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, siempre que haya denunciado y obtenido uno de los siguientes documentos:

- Orden de protección, por la autoridad judicial competente en el marco del proceso penal.
- Informe del Ministerio Fiscal, que indique la existencia de indicios de violencia de género.
- Sentencia condenatoria o resolución judicial de la que se deduzca que ha sido víctima de violencia de género.

La concesión de una autorización temporal de residencia/trabajo por circunstancias excepcionales no opera de oficio, está condicionada a que la mujer solicite la autorización de residencia y trabajo. No obstante, presentada la solicitud y en tanto concluya el procedimiento penal, el Delegado/a o Subdelegado/a del Gobierno competente concederá de oficio una autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la mujer extranjera y, en su caso, autorizaciones de residencia a favor de sus hijos/as menores o mayores de edad que tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer sus necesidades, o de residencia y trabajo provisionales para sus hijos/as mayores de 16 años, que se encuentren en España en el momento de la denuncia.

En cualquier caso, la concesión definitiva de la autorización está condicionada a que se dicte sentencia condenatoria, sin distinguir entre condena por delito o por falta, o resolución judicial de la que se deduzca que ha sido víctima de violencia de género.

Hay que decir que la norma legal dispone expresamente que el archivo de la causa, por encontrarse el imputado en paradero desconocido, y/o el sobreseimiento provisional, por expulsión del denunciado, se consideran resoluciones judiciales de las que se deducirá la condición de víctima de violencia de género.

Los supuestos en los que se puede encontrar una mujer inmigrante en situación de violencia de género, una vez dictada la sentencia o resolución judicial, son los que a continuación se exponen:

- Si el proceso penal concluye con sentencia no condenatoria o resolución judicial de la que no se deduzca que la mujer haya sido víctima de violencia de género, se denegará la autorización solicitada y se iniciará o continuará con el procedimiento sancionador que hubiese sido incoado con anterioridad a la denuncia y suspendido de conformidad con lo dispuesto en el art. 31 bis. En el mejor de los supuestos, procederá la imposición a la mujer de la consiguiente multa por infracción administrativa, atendiendo a que en el sistema de la ley la sanción principal es la multa y no la expulsión.
- Si el proceso penal concluye con sentencia condenatoria o resolución de la que se deduzca que la mujer ha sido víctima de violencia de género, procederá la concesión de la autorización de residencia y trabajo por el/la Delegado/a o

Subdelegado/a competente. Para el caso de no haber solicitado la mujer extranjera la autorización de residencia y trabajo, el Ministerio Fiscal informará a la mujer sobre la posibilidad que le asiste en base al presente artículo de solicitar una autorización de residencia temporal o de residencia temporal y trabajo a su favor, así como autorizaciones de residencia temporal o de residencia temporal y trabajo a favor de sus hijos menores de edad o que tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer sus necesidades (art. 134 b) del Reglamento de Extranjería)..

La duración de la autorización será de cinco años. Ello, sin perjuicio de la posibilidad de su titular de acceder en el curso de éstos a la situación de residencia de larga duración, previa solicitud, a cuyo efecto se computará, en su caso, el tiempo durante el que hubiera sido titular de una autorización provisional concedida en base al artículo anterior.

2.2. Mujer extranjera familiar de un/a ciudadano/a comunitario/a

Con carácter general la legislación aplicable a una mujer «familiar»¹¹⁵ de un/a ciudadano/a comunitario/a, es el RD 240/07, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de la Unión Europea.

El art. 9 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, modificado por Real Decreto 1710/2011, de 18 de noviembre, regula el mantenimiento del derecho de residencia en régimen comunitario en supuestos de fallecimiento, salida de España, nulidad de matrimonio, divorcio o cancelación de la inscripción de pareja, del ciudadano de la Unión Europea.

En el caso de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o cancelación de la inscripción como pareja registrada, de un/a nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, con un/a nacional de un Estado que no lo sea, la mujer tendrá obligación de comunicar dicha circunstancia a las autoridades competentes. Para conservar el derecho de residencia, deberá acreditarse uno de los siguientes supuestos:

Art 9.4 (...) c) Existencia de circunstancias especialmente difíciles como: 1.º Haber sido víctima de violencia de género durante el matrimonio o la situación de pareja registrada, circunstancia que se considerará acreditada de manera provisional cuando exista una orden de protección a su favor o informe del Ministerio Fiscal en el que se indique la existencia de indicios de violencia de género, y con carácter definitivo cuando haya recaído resolución judicial de la que se deduzca que se han producido las circunstancias alegadas(...).

¹¹⁵. El art. 2 del RD 240/2007 entiende por tal tanto a la mujer que tenga un vínculo conyugal con ciudadano/a nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, de un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, siempre que no haya recaído acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, o divorcio, como a la mujer que tenga con éste una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea, o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo

Nótese que conforme al artículo único apartado 2 del RD 1710/2011, de 18 de noviembre, por el que se modifica el apartado 4 del artículo 9 del RD 240/2007,

desaparece de la redacción inicial el plazo de los 6 meses para la notificación del cambio.

En cualquier caso, para mantener la tarjeta comunitaria durante el periodo de vigencia concedido, deberá acreditarse la concurrencia de circunstancias de violencia de género durante el matrimonio o situación de pareja. Esta circunstancia se considerará acreditada de manera provisional cuando exista una orden de protección a su favor o informe del Ministerio Fiscal en el que se indique la existencia de indicios de violencia de género, y con carácter definitivo cuando haya recaído resolución judicial de la que se deduzca que se han producido las circunstancias alegadas.

Llegado el momento de la renovación, la mujer será documentada con una tarjeta en la que no habrá referencia alguna al familiar que le otorgó el derecho. Dicha tarjeta no otorgará derechos a terceros en régimen comunitario, aunque si podrá hacerlo en régimen general, previo cumplimiento de los requisitos exigibles.

ELIMINAR CUADRO PAG. 457