

Circular 1/1998, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar.

BMJ 1841/1999, de 15 marzo 1999

I. INTRODUCCIÓN

El irracional fenómeno de violencia que se comete en el seno de la familia y sufrido, ordinariamente, por las mujeres e hijos, se sigue produciendo en nuestro país de una forma que, tristemente, no cabe calificar de esporádica. La sensibilización de la sociedad ante la gravedad del problema exige del Ministerio Fiscal, ante la frecuente aparición de casos de esta naturaleza, una respuesta seria y decidida que, al amparo de las misiones que le confiere el art. 124 de la Constitución y con plena utilización de todos los resortes y mecanismos legales, aporte esenciales, aunque no únicas, vías de solución a tan complejo y delicado problema.

Ya la Fiscalía General, haciéndose eco de esta lacra social que data de antiguo, instaba en la Instrucción 3/1988 EDL 1988/14146 a los señores Fiscales, entre otras medidas, a «reprimir con toda ejemplaridad» los supuestos de lesiones y malos tratos a la infancia y a las mujeres, «supliendo con su investigación las deficiencias de prueba que puedan originarse en estos procesos por los naturales temores con que las mujeres comparecen en este tipo de procedimientos». Dicha Instrucción, cuya vigencia ha sido recordada, en fecha 19 de diciembre de 1997, desde la Fiscalía General a las Fiscalías de todo el territorio, trata ahora de ser completada y actualizada a través de la presente Circular que pretende orientar la actividad del Ministerio Fiscal para la

consecución del mayor grado de eficacia y unidad de actuación posibles en la erradicación y castigo de estos anormales comportamientos.

El obligado tratamiento de esta materia en las Memorias de las distintas Fiscalías correspondientes a 1998 y su necesario reflejo en la Memoria de la Fiscalía General de dicho año ha sido una útil iniciativa a modo de reflexión colectiva sobre la magnitud del problema y sus causas y acerca de las dificultades que para su persecución penal pueden encontrarse en la ley y en el procedimiento. En esta misma línea se orientan los Cursos de Formación del Ministerio Fiscal sobre violencia familiar ya celebrados así como la programación de futuros Cursos de Formación sobre este problema.

La existencia del Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de septiembre de 1998, no debe, sin embargo, demorar la publicación de esta Circular. En todo caso, el contenido del Anteproyecto no contradice ninguna de las medidas o soluciones interpretativas que ahora se ofrecen, sino que, por el contrario, las refuerza.

El debate sobre la insuficiencia de medios legales ha de dejar paso al decidido aprovechamiento de los actualmente existentes. Es cierto que se aprecian serias dificultades interpretativas en algunos de los preceptos o en algunos de los silencios del Código Penal al abordar la violencia doméstica. Baste pensar en la difícil solución de determinados problemas concursales o en la cuestionable adopción de determinadas medidas cautelares. También lo es, la ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales que alivien las dificultades del intérprete. Sin embargo, la presente Circular ha tratado de desplegar un esfuerzo para, dentro del máximo respeto al principio de legalidad, orientar la interpretación en la búsqueda de soluciones que superen aquellos obstáculos desde el prisma de la protección de determinados valores constitucionales.

Acaso convenga recordar lo obvio. Y es que la presente Circular no puede proporcionar más soluciones que las que se derivan de su propia naturaleza, esto es, la de un instrumento jurídico encaminado a lograr la unidad de

actuación del Ministerio Fiscal. Este objetivo, pese a su importancia, no es autosuficiente para acabar con un problema de profundas y variadas raíces. La necesidad de todo un conjunto de medidas de naturaleza administrativa, encaminadas a la prevención, tutela y protección de la víctima, constituye un complemento absolutamente ineludible.

La dignidad de la persona (art. 10 de nuestra Carta Magna), el respeto al derecho de igualdad (art. 14), el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15), el derecho a la educación y al pleno desarrollo de la personalidad (art. 27), el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (art. 32), la protección social, económica y jurídica de la familia, de los hijos -con independencia de su filiación- y de las madres (art. 39), se erigen en valores constitucionales del mayor rango axiológico que han de orientar y legitimar toda iniciativa del Ministerio Fiscal en su respuesta a la violencia desarrollada en el ámbito familiar.

II. LA NECESARIA Y VARIADA RESPUESTA DEL CODIGO PENAL

La gravedad de las conductas de maltrato que se producen en el seno familiar hace indudable la necesidad de una respuesta del Derecho Penal. El principio de intervención mínima no tiene ocasión de entrar en juego a la vista de los derechos constitucionales que se ven afectados y de las consecuencias que las conductas de esta naturaleza suponen en el desarrollo de la personalidad de quienes las padecen o de quienes contemplan, pasivos e impotentes, cómo otras personas de su entorno familiar y educativo las sufren. La intervención del Fiscal debe, pues, ser decidida en esta materia, supliendo, incluso, sobrevenidos comportamientos abstencionistas de las víctimas que pudieran presentarse por variadas circunstancias de índole cultural, económica o social, que, aun explicables en el orden humano, no han de ser atendibles jurídicamente cuando se trata de la comisión de delitos de indudable naturaleza

pública, cuya persecución el legislador ha querido dejar en manos del Ministerio Fiscal (art. 105 de la LECrim).

La respuesta que el Código Penal ofrece ante estas conductas, que se manifiestan de múltiples formas, es, lógicamente, muy variada.

De una parte, fijando su atención en los concretos actos llevados a cabo y en el resultado producido en las víctimas, cabe la aplicación de diferentes figuras delictivas: homicidio (arts. 138, 142 y 621), asesinato (art. 139), inducción al suicidio (art. 143), aborto (arts. 144 y 146), lesiones al feto (arts. 157 y 158), lesiones -cualificadas o no- y mutilaciones (arts. 147 y ss., 617 y 621), detención ilegal (art. 163), amenazas y coacciones (arts. 169 y ss. y 620), torturas (art. 173), agresiones sexuales (arts. 178 a 180), allanamiento de morada (art. 202), entre otras.

De otro lado, en atención no ya al acto concreto producido sino a la repetición habitual de actos de estas características, el legislador introdujo en el derogado CP de 1973, en virtud de la reforma operada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, el art. 425, hoy ya derogado, y que constituye el precedente inmediato del actual art. 153 CP. Este último precepto dispone:

«El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare».

La aplicación de alguno de los tipos penales del primer y extenso bloque de figuras delictivas antes citadas no plantea dificultades sustantivas distintas de las que se pueden hallar cuando se trata de manifestaciones violentas ajenas al ámbito doméstico o familiar, a excepción de lo que se dirá posteriormente

sobre la necesidad de aplicar específicas medidas cautelares o de la conveniencia en la llevanza de un Registro de tales asuntos en las Fiscalías.

Sin embargo, tanto el derogado art. 425 como el vigente art. 153 vienen arrastrando una suerte de dificultades de aplicación que han hecho plantearse a grandes sectores de la doctrina su oportunidad, incluso su necesaria modificación, y que merecen específica atención para paliar, en la medida de lo posible, aquellas dudas interpretativas que merman su eficacia y vigencia.

III. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DELITO DE VIOLENCIA HABITUAL DEL ART. 153 DEL CODIGO PENAL

A. BIEN JURIDICO Y UBICACION SISTEMATICA

La ubicación sistemática de este delito en el Título III del Libro II del CP, dedicado a los delitos de lesiones, ha suscitado un erróneo entendimiento de algunas cuestiones que afectan al tipo.

Debe repararse, pese a dicha sistemática, en que el art. 153 EDL 1995/16398 no pretende únicamente la protección de la vida, salud o integridad física de las personas, sino que tutela, además y esencialmente, otros bienes necesitados de protección que podrían reconducirse al ámbito de protección de los arts. 15 y 39 de la CE: la integridad moral o el derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante (art. 15), así como la paz y el orden familiar, la normal convivencia y la protección de la condiciones en que pueda tener lugar el pleno desarrollo de la personalidad de los miembros del grupo familiar (art. 39). El bien jurídico que se protege con el art. 153 es, por consiguiente, distinto al que se tutela en los restantes preceptos penales a que antes se hizo referencia. En éste se trata de la paz y convivencia familiar, en aquellos, según los casos, la

vida, la integridad física, la libertad, etc. (en este sentido STS 1060/1996, de 20 de diciembre).

A esta consideración conducen los siguientes argumentos:

a) La habitualidad en el ejercicio de actos violentos sólo se castiga cuando recae sobre determinadas personas en las que confluyen determinadas características de pertenencia a un grupo familiar. Fuera de tales supuestos, la conducta violenta que por reiterada sea reputada de habitual no merecerá otro castigo que el que corresponda por la suma de las penas de cada uno de los actos individualmente considerados, sin perjuicio de que en los posteriores quepa valorar, por ejemplo a través de la apreciación de la agravante de reincidencia, la mayor peligrosidad del reo evidenciada en la reiteración de hechos similares que aconsejaren la fijación más elevada de la pena, o la negativa a determinadas posibilidades como la suspensión o sustitución de las penas que, de no mediar habitualidad (art. 94 CP), brindaría la ley para la mitigación del rigor en la ejecución de la sentencia.

b) El propio tenor literal del art. 153 que, a diferencia del texto del antiguo art. 425, señala que el reo de este delito será «castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare».

De la anterior consideración acerca del bien jurídico protegido se desprenden determinadas consecuencias que se abordan en los siguientes apartados.

B. LA HABITUALIDAD DE LAS CONDUCTAS VIOLENTAS

Las dificultades se multiplican cuando entre los elementos típicos se incorpora la noción de habitualidad, concepto resbaladizo a la hora de construir el juicio de tipicidad. Sin embargo, da la impresión que la idea de habitualidad que

acoge el art. 153 se distancia de algunos de los precedentes que, acerca de la misma noción, se regulaban en el previgente texto penal. Nótese que ahora ya no se habla de una habitualidad que se predica del sujeto para agravar la responsabilidad criminal de quien resulta ser reo habitual -cfr. art. 546 bis a) ap. 3-. La habitualidad a la que el legislador recurre en el actual art. 153 ya no califica al sujeto sino a la acción, integrándose como uno más de los elementos del tipo objetivo. Este cambio de enfoque va más allá de un mero retoque analítico y autoriza ahora una superación de históricas dificultades asociadas a la técnica legislativa precedente. El carácter habitual del ejercicio de la violencia física queda ahora sometido a las reglas generales que disciplinan la prueba de los elementos del tipo objetivo.

La habitualidad en el ejercicio de actos de violencia física, requisito exigido por el precepto, fue objeto de examen por la Circular 2/1990 de esta Fiscalía General, abogando por un concepto naturalístico, distinto del de reincidencia, y consistente en la repetición por el sujeto activo de actos de violencia física, con o sin resultado lesivo.

Varias cuestiones presenta esta nota, a la luz del nuevo art. 153, que merecen nuestra atención.

El concepto de habitualidad es distinto del de reincidencia: no se exige, pues, que el sujeto haya sido previamente condenado por delitos de la misma naturaleza comprendidos en el mismo Título. Tampoco coincide con el concepto legal de reos habituales que fija el art. 94, pues éste opera a los solos efectos de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la sustitución de éstas por otras. Sí se exige, empero, de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial dictada fundamentalmente a propósito de la habitualidad en la receptación (SSTS, entre otras, de 28-2-1997, 20-5-1997 y 14-6-1997), que el sujeto activo haya llevado a cabo tres o más actos, en este caso de violencia física sobre las personas descritas en el tipo, ligados temporalmente por una determinada continuidad o proximidad cronológica.

La prueba de la habitualidad, como la acreditación de la realización de cada uno de los actos que la integran, exige, por respeto al principio de presunción de inocencia, que en los hechos probados de una sentencia penal se declare probada la realidad de tales actos y la existencia de una analogía u homogeneidad entre los mismos. Ahora bien, como veremos seguidamente, resultará indiferente que se declaren probados todos y cada uno de los actos que integran la habitualidad en una sola sentencia -la que condene por el delito del art. 153- o que, además de tal sentencia, existan otras anteriores que declaren probados determinados hechos aislados que en su consideración posterior conjunta evidenciaran dicho comportamiento habitual.

En el sentido expuesto, será suficiente -aunque no siempre necesario como veremos- con la existencia de tres o más sentencias condenatorias anteriores por hechos que guarden conexión entre sí para acreditar dicha habitualidad. Ahora bien, dichas sentencias no siempre han de darse necesaria y previamente como condición ineludible para acreditar la habitualidad: es perfectamente posible que en una sola sentencia -incluso la que se dicte en el procedimiento abierto por el delito del art. 153- se conozca de varios actos violentos llevados a cabo por el sujeto activo que, al declararse probados en dicha sentencia, permitan la condena por el delito del art. 153, sustentado en la habitualidad que tales hechos aislados y probados evidencian (así sucede, por ejemplo, en la STS 1060/1996, de 20 de diciembre, que aplicó el derogado art. 425). Entre ambas situaciones descritas (tres sentencias anteriores y ninguna sentencia anterior al procedimiento abierto por el delito del art. 153) caben todas las intermedias que se quieran: una sola o dos sentencias anteriores y dos o una, respectivamente, declaraciones en la sentencia por el delito del art. 153 de hechos violentos, que sumados a los anteriores permitirían la acreditación de una conducta violenta habitual en el sujeto.

Es posible, por tanto, acreditar la habitualidad, pese a la inexistencia de condenas anteriores por los actos que la integran, a través de la declaración de la víctima, por el contenido del parte pericial médico, o por cualquier medio probatorio. En el sentido expuesto basta señalar que la citada STS de 20 de diciembre de 1996 estimó acreditada la habitualidad, pese a la inexistencia de

condenas anteriores, a la vista de las declaraciones testificales sobre el comportamiento habitualmente violento del acusado. Igualmente cabría dar por acreditada dicha habitualidad si a consecuencia de un dictamen pericial médico se evidenciara resultados lesivos que por su diferente evolución hubieran necesariamente de haber sido causados en distintas y repetidas ocasiones.

Por otro lado, los actos aislados de violencia que integran la nota de habitualidad no es preciso que sean idénticos: cabe considerar, para aunarlos, desde los más leves (v.gr.: la falta de maltrato de obra del art. 617.2) hasta los más graves, para apreciar, desde el punto de vista de su producción repetida en el tiempo, la existencia de la habitualidad, como conducta reiterada distinta de cada uno de tales actos pero evidenciada por estos, que, más o menos graves, son desplegados por el sujeto activo respecto de las personas del entorno familiar y que propician no una situación puntual o hecho aislado violento sino la creación de un clima de violencia sostenida en dicho núcleo familiar que el legislador pretende reprimir, además o junto a tales concretas manifestaciones.

Un problema práctico que fácilmente puede presentarse es el de si los actos violentos constitutivos de falta que, por el transcurso de seis meses sin haberse dirigido el procedimiento contra el culpable, se hallaren prescritos, pueden o no ser tomados en consideración a efectos de determinar la existencia de la habitualidad y la ulterior condena por el delito del art. 153. La respuesta ha de ser afirmativa. La conducta del art. 153 -violencia habitual- es distinta de la de los concretos actos aislados en que se manifiesta. Los actos aislados se cometen en un determinado momento y producen un concreto resultado. La violencia habitual es una actividad permanente que no cabe señalar cometida en momentos concretos sino que, aunque se manifieste en actos susceptibles de ser singularizados, se despliega durante todo el tiempo y también en el lapso de tiempo que media entre los concretos actos de violencia. Una cosa es la conducta de violencia habitual y otra distinta los individuales actos que componen aquella. La violencia habitual es algo más que la mera suma de los actos en que se manifiesta. La mera vicisitud procesal de la prescripción de uno de tales actos individuales impedirá el castigo por el concreto resultado

que haya producido, pero no que se pueda apreciar la existencia de una conducta distinta a aquella: la violencia habitual. Esta no deja de existir por la prescripción de uno de los actos que la componen, pues se trata de una conducta distinta de aquella. Por su parte, la violencia habitual, en cuanto conducta de cierta permanencia en el tiempo comenzará a prescribir por sí misma -con independencia de la prescripción de cada uno de los actos aislados en que se concreta cuando cese dicha ilícita situación (art. 132.1. C.P.).

De otra parte, la Circular 2/1990 -fruto del anterior marco jurídico- sostuvo que no cabe sumar los maltratos aislados a diferentes miembros de la familia para inducir de ello la habitualidad que el tipo exige. Tal afirmación debe ser matizada: sí cabrá sumar los actos violentos que recaigan sobre diferentes miembros de la familia, para apreciar la habitualidad, cuando determinadas circunstancias que habrán de ser valoradas en cada caso, tales como la convivencia en el mismo domicilio familiar de las víctimas, impliquen la existencia de un clima de violencia doméstica que suponga una perturbación que afecte al desarrollo de todos en el núcleo familiar, en cuyo caso sí estaremos ante un único delito del art. 153 C.P.

C. EL PRINCIPIO «NON BIS IN IDEM» Y LA EXISTENCIA DE CONDENAS ANTERIORES POR LOS HECHOS DETERMINANTES DE LA HABITUALIDAD DE LA CONDUCTA

En la Circular 2/1990 de esta Fiscalía General se abordó el régimen de concursos entre el delito del derogado art. 425 y los diferentes resultados lesivos acaecidos como consecuencia de los diferentes hechos que sirven para acreditar la habitualidad. Se sostuvo entonces, por un lado, que en el caso de que la violencia física habitual hubiere causado alguna lesión constitutiva de delito se estaría ante un concurso de normas a resolver por el principio de consunción, de forma tal que el delito de resultado más grave consumiría las previas violencias físicas habituales. De otra parte, si las lesiones causadas por

las violencias habituales -razonaba la Circular- fueran constitutivas de falta, el art. 425 consumiría estos resultados que, en cierto modo, están ínsitos en el término violencia física.

Aquel régimen de concursos se ha visto completamente alterado por la nueva redacción dada en este punto al art. 153. Como ya se dijo, dicho precepto castiga «con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare».

Es pues voluntad expresa del legislador de 1995 dar solución al problema del concurso entre el delito del art. 153, como delito de mera actividad habitual, con los diferentes resultados causados a raíz de cada acto violento, en forma tal que puedan ser punibles separadamente, a tenor de las normas que disciplinan el concurso de delitos.

El giro radical en la solución expresada por el legislador en el último inciso del art. 153 se justifica por la existencia, como se razonó supra, de un bien jurídico distinto en las tipicidades penales que concurren, y en la distinta entidad y naturaleza de las conductas, pues la violencia habitual es distinta de cada una de las concretas conductas que permiten detectarla.

Así las cosas, de la renovada regla concursal del art. 153 in fine se extraen las siguientes consecuencias:

a) Es perfectamente posible que se siga una causa por varios actos aislados de violencia que en su conjunta consideración permiten extraer acreditadamente la existencia de violencia habitual. Dicho procedimiento puede seguirse bien porque desde su inicio el objeto del mismo son varios actos violentos o bien porque es fruto de la acumulación de varios procedimientos. En tales casos, el art. 153 in fine, imponiendo así una solución legislativa que encierra un entendimiento específico -no exento de dificultades- del problema concursal, exige que la condena se produzca tanto por el delito del art. 153 como por cada uno de los concretos actos aislados en que la violencia habitual se ha

materializado. Así, por poner un ejemplo, en la misma sentencia se podría condenar por dos delitos de lesiones del art. 147, por una falta del art. 617, y, además, por el delito del art. 153.

b) El delito del art. 153 habrá de ser apreciado aunque por todas o algunas de las concretas conductas que determinan la habitualidad hayan recaído previos pronunciamientos penales condenatorios.

En este punto se plantea si podría argüirse que el instituto de la cosa juzgada impide rescatar para apreciar la habitualidad hechos que ya han sido objeto de atención procesal y de sanción. Su consideración, siguiendo dicha línea de pensamiento, vendría a suponer una resurrección de hechos ya enjuiciados que, de esta forma, serían doblemente incriminados.

Sin embargo, tales objeciones no son atendibles.

Ya se expresó supra que: primero, la solución del concurso de delitos -que no de normas- entre la violencia habitual y los concretos resultados producidos es una de las novedades del art. 153 frente a la regulación del Código derogado; segundo, que el bien jurídico protegido en el art. 153 es diferente del que se tutela en otros eventuales preceptos concurrentes; y, tercero, que la acción es diferente en uno y otro caso, pues una es permanente y la otra concreta, siendo la violencia habitual algo más y distinto que la simple suma de los actos concretos en que se manifiesta.

A tales razones se ha de añadir otra: si el art. 153 in fine permite el castigo separado tanto por las concretas lesiones o resultados producidos cuanto por el delito del art. 153, resultaría absurdo admitir la condena por ambas conductas si se produce en una misma sentencia y no admitirla, sin embargo, cuando se sigan diferentes procedimientos que desemboquen en tantas sentencias. Se estaría dejando en manos de la suerte o de la estrategia procesal la decisión sobre la punición o no de determinadas conductas. Si son conductas distintas y con diferente bien jurídico, como sostenemos, es indiferente para su respectiva punición que se hayan enjuiciado en el mismo

proceso, por haber actuado correctamente el mecanismo de la conexidad o por haberse denunciado de una sola vez, o en procesos distintos.

IV. VIOLENCIAS DE CARACTER PSIQUICO

Uno de los defectos señalados reiteradamente por la doctrina acerca de la regulación del delito de violencia familiar habitual del art. 153 es el de que incluye exclusivamente conductas de «violencia física», sin mención alguna de la psíquica. Defecto éste que pretende corregir el Anteproyecto, antes citado, de septiembre de 1998.

La violencia psíquica, cuyas formas de manifestación pueden ser muy variadas, recibe respuesta en el Código Penal en función de su gravedad, pero sin específica consideración a su producción en el ámbito familiar, en los siguientes preceptos:

Art. 620.2º que tipifica la vejación injusta de carácter leve. Su persecución requerirá la previa denuncia del agraviado o de su representante legal.

Arts. 617.1 y 147, recogen como falta o delito de lesiones, respectivamente, la causación por cualquier medio o procedimiento -incluyéndose no sólo los físicos sino también los psíquicos- de un menoscabo en la salud psíquica que requerirá para ser falta solamente primera asistencia facultativa o, para ser reputada delito, tratamiento médico o quirúrgico.

Art. 173, novedad introducida en el CP de 1995, que castiga al que «infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral». Precepto que ha de completarse con el art. 177 al establecer que si «además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les

corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley», lo que permite la sanción penal de los resultados producidos a consecuencia del trato degradante, aplicándose las reglas generales del concurso cuando proceda.

En casos, pues, de violencia psíquica habrán de valorar los señores Fiscales el posible encaje de la conducta en alguna de tales infracciones penales. Sin embargo, dicha labor habrá de tener en consideración no sólo la gravedad del hecho sino también su carácter de hecho aislado o de conducta habitual.

En este sentido, es de tener presente que el delito contra la integridad moral del art. 173 permite el castigo, tanto de aquellas conductas aisladas que por su naturaleza tienen entidad suficiente para producir un menoscabo grave de la integridad moral de la víctima, cuanto de aquellas otras que, si bien aisladamente consideradas no rebasarían el umbral exigido por este delito, sin embargo en tanto reiteradas o sistemáticas, realizadas habitualmente y consideradas en su conjunto, terminan produciendo dicho menoscabo grave a la integridad moral. Son conductas, éstas últimas, de trato degradante, que en su individual consideración no son calificables de graves, pero que al ser reiteradas terminan menoscabando gravemente por erosión dicha integridad moral y que tienen cabida en el precepto. Cabe señalar que las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1982 -caso Campbell y Cosans- y de 18 de enero de 1978 -caso Irlanda contra Reino Unido- admiten el trato degradante en conductas que se repiten en relación a situaciones de menor entidad aunque siempre hirientes a la dignidad por suponer menosprecio y humillación.

Por tanto, los actos de violencia psíquica de escasa gravedad, que en su consideración aislada darían lugar a la falta de vejación injusta del art. 620, una vez acreditado que se vienen produciendo en forma reiterada, como expresión de un clima de violencia psíquica habitual, habrán de ser encajados en el delito del art. 173. No obstante, la aplicación de este precepto exige que se haya producido como resultado un menoscabo en la integridad moral que pueda ser calificado como grave.

Por último, como quiera que el art. 173 no contempla como elemento del tipo, a diferencia del art. 153, la existencia de relación de parentesco entre ofendido y ofensor, cuando se produzca un trato degradante en el ámbito familiar habrá de apreciarse la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 en calidad de agravante.

V. PRIMERAS DILIGENCIAS Y MEDIDAS CAUTELARES

La importancia de la eficaz promoción de medidas cautelares como la prisión preventiva se justifica por sí sola. Mediante su solicitud se aseguran algunos de los fines que definen -y hasta legitiman- el proceso penal. Ciertamente, las medidas cautelares obedecen a un fundamento y participan de una naturaleza que no podrán ser obviados en el momento de su petición. La irrenunciable vigencia de los principios que definen el cuadro de derechos constitucionales, no puede ser distorsionada poniendo aquellas medidas cautelares al servicio de fines distintos a los que les sirven de justificación. La gravedad de los hechos de los que se trata, las penas asociadas y, en fin, el significado mismo de la prisión preventiva, avalan una decidida actuación promotora del Fiscal a fin de complementar la investigación del objeto principal del proceso con aquellas medidas cautelares -incluida la prisión preventiva que se consideren oportunas, a tenor de las circunstancias del caso concreto.

De otra parte, hasta que el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de septiembre de 1998, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, se plasme en derecho positivo, cabe señalar que la vigente regulación en la LEC de las medidas cautelares, que toma como eje central de las mismas la alternativa libertad-prisión, no debe, sin embargo, impedir la actual consideración de otras posibles medidas que pueden revestir una enorme significación en este tipo de causas. A tal conclusión conducen las siguientes razones:

El art. 13 de la LEC señala como primeras diligencias que ha de practicar todo órgano judicial que conozca de una causa, aun cuando haya de inhibirse en favor de otro por no resultar competente, la de «dar protección a los perjudicados (...) y detener en su caso a los presuntos reos». Para dar esa protección a los perjudicados puede ser necesario acordar determinadas medidas que no afecten al derecho a la libertad del art. 17 CE -como sucede con la detención- sino a otros derechos. Propiamente estas diligencias no siempre comparten íntegramente la naturaleza de las medidas cautelares, aunque se les asemejan en mucho, habida cuenta de que pueden tales diligencias recaer o no sobre la persona del denunciado. En el primer caso su distinción de una medida cautelar es ciertamente imposible -v.gr.: la referencia del art. 13 a la detención- o, cuando menos, difícil de establecer.

El art. 34.1 CP señala que no se reputarán penas «la detención y prisión preventiva y las demás medidas cautelares de naturaleza penal».

El art. 58 CP, tras regular en su primer apartado el abono de la prisión provisional en la ejecución de la pena, establece en el siguiente apartado: «Igualmente se abonarán en su totalidad, para el cumplimiento de la pena impuesta, las privaciones de derechos acordadas cautelarmente». Es de resaltar, además, que el CP de 1973 establecía en su correlativo art. 33 el abono únicamente de las medidas cautelares de prisión preventiva y de privación del permiso de conducir, sin referirse a otras, a diferencia de los preceptos citados del vigente CP.

El art. 158 del Código Civil, redactado conforme a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, permite al Juez la adopción de las medidas cautelares que estime oportunas para apartar a los hijos menores de cualquier peligro o para evitarle perjuicios derivados de la relación de filiación. Dicha previsión se establece, a tenor del último párrafo del precepto, tanto para el proceso civil -incluidos los expedientes de jurisdicción voluntaria- como para el procedimiento penal. El precepto representa así una fuente

innominada de medidas cautelares para el menor, adoptables en cualquier jurisdicción.

Por último, es frecuente en la práctica la adopción de medidas cautelares distintas de la prisión-libertad, tales como prohibición de abandonar el territorio nacional, del empleo de armas, del derecho a conducir vehículos de motor o ciclomotores, etcétera.

Partiendo, por tanto, de la posible adopción en la vía jurisdiccional penal de medidas cautelares consistentes en la privación de derechos distintos del de libertad, es necesario detener nuestra atención en la conveniencia, para dar protección a las víctimas, de interesar de la autoridad judicial, cuando las circunstancias del caso lo exijan, una serie de medidas. Nuestra atención debe centrarse en este tipo de causas en la conveniencia de interesar la medida consistente en la prohibición al denunciado de acudir a determinados lugares como el de comisión del delito, el domicilio de la víctima o el de otros familiares. Dicha medida vendría amparada en un doble fundamento: el art. 13 LECrim, que la permitiría en tanto diligencia de protección a las víctimas y el art. 57 CP, a que aludiremos en el apartado siguiente, que la prevé como pena accesoria opcional para este tipo de delitos.

El procedimiento para la adopción de tal medida no se regula expresamente en la LECrim, No obstante, en analogía con lo dispuesto para la prisión provisional, se exigirá que conste la existencia de un hecho que revista caracteres de delito de los señalados en el art. 57 y que existan motivos para creer al sujeto posible responsable. La decisión se adoptará mediante auto motivado, que se llevará a la pieza de medidas personales.

Surge la cuestión de si es necesaria la comparecencia prevista en el art. 504 bis 2 para la adopción de alguna de estas medidas. Basta en este punto recordar los criterios expresados en la Circular 2/1995, sobre el nuevo régimen de la prisión preventiva, ya que si -como se razona en tal Circular- la adopción de la libertad del acusado con fianza o con establecimiento de la obligación de comparecer en el Juzgado periódicamente no determina la comparecencia,

debe sostenerse que la adopción de la medida que contemplamos, por no afectar al derecho de libertad, tampoco exigirá la preceptiva audiencia.

VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD APAREJADAS A TALES INFRACCIONES PENALES

A. REGLAS GENERALES

La singularidad de circunstancias de todo tipo que confluyen en cada caso concreto impide que puedan darse reglas genéricas acerca de la penalidad que deba interesarse por el Ministerio Público del juez o tribunal que conozca de la causa. Baste, a tales efectos, recordar que ya en la Instrucción 3/1988 se expresó la necesidad de «reprimir con toda ejemplaridad» esta clase de comportamientos. La finalidad de prevención -general y especial- de la pena, cumple un papel muy relevante en estos casos. La sensación de impunidad genera una situación intolerable: la víctima se encuentra cada vez más insegura y reacia a denunciar los hechos y el agresor cada vez más envalentonado ante la percepción de la ineficacia del sistema legal. Por todo ello, los señores Fiscales deberán ponderar en cada caso las circunstancias concurrentes para instar de la autoridad judicial las penas adecuadas al cumplimiento de los fines de prevención expuestos.

La severidad, pues, en la persecución de estos hechos debe ser la respuesta adecuada a la magnitud del problema.

B. LA PENA DEL ART. 57 CP

Los Señores Fiscales deberán, cuando las circunstancias del caso así lo exigieren, instar la aplicación de la pena contemplada en el art. 57 CP, en concordancia con los arts. 39 y 48 de dicho Texto. Se trata de una pena opcional y accesoria para determinados delitos, ya que ningún tipo concreto del CP la contempla especialmente como pena principal.

El contenido de dicha pena, sujeta al principio acusatorio, consiste en acordar la prohibición de que el reo vuelva al lugar de comisión del delito o a aquel en que resida la víctima o su familia. La modulación concreta del alcance de la pena, tanto temporal, como territorial, permite una cierta flexibilidad para acotar de modo ponderado los lugares (ciudad, barrio, urbanización, pueblo, etc.), que podrán ser varios, a los que se impida el acceso del penado, con el fin de dar protección a las víctimas o a su familia.

Para la solicitud de dicha pena deben valorarse, a tenor del art. 57, las siguientes circunstancias:

a) El peligro que represente el delincuente: debiendo atender fundamentalmente a la existencia de reiteración en las conductas violentas y, muy especialmente, a la existencia de una línea de gravedad creciente en las acciones delictivas.

b) La gravedad de los hechos, conforme a la cual:

No cabe formular dicha petición si se tratare de hechos constitutivos de falta, habida cuenta de la no previsión de esta pena entre las penas leves que relaciona el art. 33.4 CP.

Siempre que los hechos tengan encaje en alguna de las figuras delictivas a que se alude en el art. 57 será posible la petición de esta pena.

Por último, las oportunas órdenes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para establecer un sistema de vigilancia del cumplimiento de la pena -también de la

medida cautelar- permitirán conocer la posible comisión por el penado del delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP.

C. MEDIDAS DE SEGURIDAD

La necesaria reeducación de los causantes de estas conductas puede facilitarse a través de los siguientes resortes legales:

Si se decidiera la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, arts. 80 y ss., habrá de valorarse la posible imposición al penado de las medidas que establece el art. 83 en sus apartados 1º a 5º Es de destacar la importancia de la posible obligación del penado a participar en programas formativos durante el tiempo de suspensión.

En la concesión de la libertad condicional, arts. 90 y ss., debe tenerse presente la posibilidad contemplada en el apartado 2 del art. 90 de imponer al penado algunas de las importantes reglas de conducta del art. 105, que, por su naturaleza, parecen encajar adecuadamente con la finalidad de reinserción de los sujetos activos de violencias domésticas.

En casos de exención de responsabilidad por los números 1, 2, 3 del art. 20, o de apreciación de eximente incompleta, habrá de tenerse en cuenta las posibilidades de imposición de medidas de seguridad que se establecen en los arts. 95 y ss.

D. ASPECTOS ORGANIZATIVOS EN LAS FISCALIAS

a) Creación del Servicio de Violencia Familiar

Determinadas razones, que en su día fueron expuestas al Ministerio de Justicia, hacen absolutamente desaconsejable, por contraproducente, la creación de una Fiscalía Especial. Baste ahora señalar que las dos Fiscalías Especiales actualmente existentes se justifican por la existencia, en los fenómenos que tratan de combatir -el narcotráfico y la corrupción-, de tramas organizativas de cierta complejidad que extienden sus efectos no sólo al ámbito territorial de varias Fiscalías sino a terceros países.

Las anteriores circunstancias no concurren, en modo alguno, en los comportamientos violentos que ahora analizamos. Por el contrario, la respuesta del Ministerio Fiscal será más eficaz si se produce desde la cercanía que proporciona la actuación del Fiscal adscrito al Juzgado que conozca de la causa.

Sin embargo, sí se estima preciso adoptar algunas medidas organizativas que faciliten en las Fiscalías la persecución de tales hechos.

La necesidad de coordinar esfuerzos y medidas aconseja que en cada Fiscalía con competencias en esta materia se designe por el Fiscal Jefe un Fiscal especialmente encargado de la coordinación de las causas por violencia familiar, lo que se comunicará a la Fiscalía General y a la Inspección Fiscal. Dicho Fiscal dirigirá el Servicio de Violencia Familiar, en el que se llevará un Registro al que ahora se aludirá, y coordinará la actuación de la Fiscalía en estos procesos. Todo ello, sin perjuicio de las facultades del Fiscal Jefe respectivo en orden al reparto de trabajo.

La efectividad práctica de los criterios que con esta Circular se defienden, depende, en gran parte, del establecimiento de medidas organizativas que aseguren la vigencia del principio de unidad orgánica del Ministerio Fiscal. Una respuesta fragmentada, fruto de la dispersa iniciativa individual de los distintos Fiscales, contribuiría a debilitar el principal instrumento con el que cuenta el Ministerio Fiscal para el logro de sus objetivos en esta materia, esto es, la unidad de actuación en su cotidiana tarea ante los Tribunales de justicia. La

gravedad de la situación aconseja, más allá de voluntaristas soluciones individuales, una decidida intervención institucional. De ahí la importancia de que los Fiscales Jefes -por sí o a través de quienes en la actualidad tengan encomendada tal función- refuercen los controles encaminados al seguimiento y visado de las calificaciones que tengan por objeto el fenómeno violento de que se trata.

b) Registro especial de causas de violencia doméstica

El Fiscal encargado del Servicio de Violencia Familiar, asistido del personal auxiliar necesario, habrá de dirigir la llevanza en las Fiscalías de un Registro -informático o convencional, según la disponibilidad de medios en cada Fiscalía- de las causas que se sigan por estos hechos. Dicho Registro se alimentará con los datos de interés que se extraigan de las incoaciones de procedimientos -penales y civiles- por hechos de esta naturaleza (sujeto activo, pasivo, fecha de la agresión, número de procedimiento y Juzgado, etc.).

Los Señores Fiscales habrán de transmitir a dicho Registro copia de la denuncia o querrela y de las principales resoluciones que se vayan adoptando en cada procedimiento penal de que conozcan. Asimismo, los señores Fiscales encargados del despacho de asuntos civiles relativos al Derecho de Familia comunicarán al citado Registro los procedimientos de nulidad, separación, divorcio o cualesquiera otros en los que se aleguen por alguna de las partes malos tratos al cónyuge o a los hijos.

De otra parte y al mismo tiempo, el Fiscal que conociere de una causa de esta naturaleza consultará en dicho Registro la existencia o no, frente a la persona denunciada o imputada, de otras causas por hechos análogos, a fin de interesar la acumulación de causas, la unión de los testimonios oportunos para formular acusación por el delito del art. 153, o las diligencias necesarias a los efectos que resulten, en cada caso, procedentes.

Igualmente, parece procedente que se dirijan las órdenes oportunas a las distintas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad al objeto de que remitan al Servicio

de Violencia Familiar copia de los atestados que tramiten sobre hechos de esta naturaleza.

Una vez constituido el Registro en cada Fiscalía, ésta habrá de informar de ello a la Inspección Fiscal para, en su caso, unificación de criterios registrales. De otra parte, el uso, almacenamiento y, en su caso, tratamiento automatizado de tales datos habrá de acogerse a los principios definidos por la LO 5/1992, de 29 de octubre.

La necesidad de establecer en cada Fiscalía un Registro o base de datos de causas de esta naturaleza deriva, fundamentalmente, de dos razones: evitar el tratamiento inconexo de las conductas violentas reiteradas atribuibles a una persona y facilitar una estadística fiable y completa.

c) Actuaciones del Fiscal para detectar la conexidad de las causas

Una de las dificultades aplicativas que se han venido percibiendo en el correcto castigo de tales conductas proviene de la ausencia de mecanismos que permitan considerar el conjunto de acciones violentas atribuibles a una determinada persona. No es difícil pensar en repetidas denuncias que son tramitadas deslavazadamente en diferentes procedimientos por delito o, más comúnmente, por falta, que nunca llegan a una consideración conjunta que determinaría la aplicación no ya sólo del art. 153, sino también de una diferente graduación de la pena en la labor de individualización, o de la negativa a la suspensión en la ejecución de la pena, ya sea por la exigencia del art. 94 o por la decisión discrecional del juzgador apoyándose en la circunstancia enormemente importante de la reiteración en las conductas.

En este sentido, los Señores Fiscales se constituirán desde el primer momento en las actuaciones, siendo especialmente importante su intervención en la toma de declaración a las víctimas para acreditar al inicio del procedimiento las circunstancias -gravedad, naturaleza, reiteración de las conductas, etc.- que permitan apoyar determinadas peticiones.

Habrá de interesarse la incoación de Diligencias Previas siempre que, a pesar de la escasa importancia del acto concreto violento objeto de la notitia criminis, vinieren en conocimiento (a través del Registro de causas en las Fiscalías, por la declaración en tal sentido de la víctima o de testigos, por la naturaleza de las lesiones, etc.) de la existencia de habitualidad. Se impedirá de este modo que por hechos violentos de naturaleza habitual constitutivos del delito del art. 153 se incoe inadecuadamente procedimiento de juicio de faltas. Lo anterior es esencialmente importante en tanto que la incoación de causa por delito, que no por falta, permitirá el juego de determinadas respuestas penales (adopción de medidas cautelares, medidas de seguridad, etc.) que, de otro modo, estarían injustamente vedadas a la acción del Ministerio Fiscal o de las restantes acusaciones.

De otra parte, la mayoría de las causas por hechos delictivos de esta naturaleza habrán de ser tramitadas por el procedimiento abreviado, bastando a tal efecto recordar el contenido de la Circular 1/1989 de esta Fiscalía General a fin de que por los Señores Fiscales se cumplan las funciones de impuls n y simplificación del procedimiento, eliminando trámites y diligencias innecesarias, para procurar una rápida resolución del órgano judicial.

d) Elaboración de la estadística

El Registro de causas de violencia doméstica permitirá establecer, con un alto grado de fiabilidad, una estadística completa sobre los malos tratos en el ámbito familiar. Tales datos habrán de ser objeto de examen preceptivo en el capítulo II de la Memoria, dedicado a la actividad de la Fiscalía, en el que se incluirá un subapartado con la actividad del Servicio de Violencia Familiar.

Lo anterior se estima necesario ya que la estadística que sobre este fenómeno se incluye en los Anexos estadísticos de la Memoria anual de la Fiscalía General del Estado, si bien es cierto que contempla las causas que se incoan por el delito del art. 153 (bajo la rúbrica de «Maltrato familiar», en el punto 4 del apartado III del cuadro «B»), sin embargo, no es posible que atienda específicamente a los concretos actos de violencia familiar constitutivos de

homicidio, delito o falta de lesiones, amenazas, etc... que quedan englobados en los correspondientes apartados del cuadro «B» junto con otras lesiones, amenazas, etc. ajenas al ámbito familiar. Por ello, la estadística que pueda obtenerse a partir de este específico Registro, y su análisis en el correspondiente apartado de las Memorias, será una herramienta indispensable para conocer el verdadero alcance, tanto de las causas del art. 153, como fundamentalmente para las incoadas por otras figuras delictivas producidas con ocasión de la violencia familiar.

Se estima procedente la remisión, con carácter semestral, por el Servicio de Violencia Familiar a la Inspección Fiscal de los datos estadísticos que se obtengan del Registro, a fin de que el conocimiento de la evolución de este fenómeno y la incidencia en el mismo de determinadas medidas se pueda producir en forma independiente, y más ágil, a la confección anual de la Memoria.