Circular 4/2003, de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica.

I. Introducción

La violencia doméstica ha sido objeto en los últimos meses de una serie de reformas que se enmarcan dentro de una nueva ofensiva legal contra esta manifestación delictiva, continuadora de la iniciada por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio. Las novedades legislativas inciden directamente sobre aspectos penales, procesales y cuestiones de carácter organizativo.

Al margen de la introducción en la LECrim. del nuevo procedimiento de juicio rápido y de su extensión en virtud del art. 795 a los delitos de maltrato familiar, aspecto del que se ocupó la Circular 1/2003 sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado, entre las reformas aludidas deben citarse principalmente, la operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que ha supuesto la modificación de los delitos de maltrato familiar y de maltrato habitual, recogidos en los arts. 153 y 173.2 y 3 del CP, y la llevada a cabo por la Ley 27/2002, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica, que ha introducido en la LECrim el art. 544 ter.

No cabe, sin embargo, olvidar otras normas que despliegan directa eficacia sobre este tipo de hechos delictivos, así: la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la prisión provisional y la Instrucción 3/2003, de 9 de abril, del CGPJ (BOE de 15 de abril de 2003) sobre normas de reparto penales y registro informático de violencia doméstica.

Junto a ello, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal, incide también sobre esta materia. No obstante, su entrada en vigor se producirá en fecha 1 de octubre de 2004, salvo las modificaciones que opera en la LECrim; en la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores y en la Ley hipotecaria, vigente desde el 27 de noviembre, día siguiente al de su publicación.

La Fiscalía General del Estado ha venido mostrando su preocupación por la respuesta que debe darse desde el ámbito judicial a los hechos delictivos de esta naturaleza. Son de recordar las orientaciones contenidas en la Instrucción 3/1988 y en la más amplia Circular 1/1998, sobre «Intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar», que conservan su vigencia.

Ahora bien, las novedades reseñadas merecen ser tratadas, sin ánimo exhaustivo, en esta Circular, a fin de salir al paso de algunas dificultades y problemas interpretativos y organizativos que se derivan de los nuevos instrumentos jurídicos. No se trata de elaborar un estudio completo y sistemático de los nuevos preceptos sino de seleccionar las principales cuestiones y dificultades prácticas que han originado para establecer pautas de actuación unitaria en la actividad del Ministerio Público.

II. Algunas cuestiones en relación con los delitos de maltrato familiar simple del art. 153 y habitual del art. 173.2 CP

El tipo de maltrato doméstico del art. 153 constituye una de las principales novedades de la reforma, al castigar como delito determinadas conductas que hasta entonces constituían la falta del art. 617 CP. De otra parte, la conducta habitual ha pasado a recogerse en el nuevo art. 173.2 que modifica su ubicación sistemática al incluirse en el Título VII entre las torturas y otros delitos contra la integridad moral.

Varias son las cuestiones que plantean tales preceptos.

II.1. La nueva figura de maltrato del art. 153

En el art. 153 se castigan como delito determinadas lesiones producidas en el ámbito doméstico o familiar que antes de la reforma eran consideradas falta en el art. 617. El párrafo segundo del art. 617 ha sido consecuentemente derogado.

Siguen, en todo caso, reputándose falta las conductas descritas en el art. 617 cuando la víctima no fuera alguna de las personas referidas en el reformado art. 173.2 y asimismo las del art. 620, aún producidas entre dichas personas -salvo las amenazas leves con armas, incluida en el art. 153 párrafo primero- y que consiste en amenazas leves sin armas, coacciones, injurias y vejación injusta de carácter leve. Conviene repasar en que, no obstante, cualquiera de estos últimos comportamientos tiene su correlativa figura de delito, lo que permite graduar en cada caso la respuesta penal en atención a la gravedad de la agresión.

El notable endurecimiento del castigo advertido en el informe de la Fiscalía al Anteproyecto de medidas concretas, implica la consideración como delito de agresiones aisladas y con independencia de su resultado que, de no haberse producido entre el círculo de sujetos que refiere el art. 173.2, serían calificadas como falta (art. 617.1 y 2 CP).

Sin perjuicio de reiterar esta idea infra, parece claro que la agravación del art. 153 párrafo segundo, que consiste en la utilización de armas, no será aplicable a la conducta del que «amenazara a otro de modo leve con armas» del art. 153 párrafo primero, por imperativo del principio de legalidad y exigencias derivadas del *non bis in idem*; pero sí agravará a las otras conductas que se recogen en el art. 153 párrafo primero.

II.2. Habitualidad de la conducta: alcance y requisitos (art. 173.2 CP)

La interpretación que hasta ahora se ha venido sosteniendo acerca de lo que deba entenderse por el elemento de la habitualidad en el delito de maltrato no debe verse

enturbiada por la nueva figura de lesiones comprendida en el art. 147.1. párrafo segundo del CP.

Este precepto, siguiendo una técnica idéntica a la establecida para los delitos de hurto y de sustracción de uso de vehículos (arts. 234 y 244, respectivamente), establece que se impondrá la pena del delito de lesiones del art. 147 a quien «en el plazo de un año haya realizado cuatro veces la acción descrita en el art. 617 de este Código». En justificación de esta novedad la Exposición de Motivos de la Ley señala que se trata de «medidas dirigidas a mejorar la respuesta penal a la habitualidad de la conducta».

Por tanto, la formulación del art. 147 ha suscitado la cuestión de si la conducta habitual a que se refiere el art. 173.2 debe, en aplicación paralela de lo señalado en el art. 147, requerir la probanza de la comisión de cuatro hechos delictivos en el lapso temporal de un año.

Tal interpretación, como se ha señalado, ha de descartarse. El concepto de habitualidad exigido por el art. 173.2 EDL 1995/16398 presenta perfiles propios que lo distinguen de la definición típica del ilícito que se castiga por la comisión de cuatro faltas en el tipo del art. 147. Varias son las razones que abonan esta interpretación singularizada de la habitualidad del maltrato doméstico.

Primero, el propio art. 173 en su nº 3 establece una definición legal específica de habitualidad al disponer: «Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores».

Tal noción de habitualidad, idéntica a la que establecía el anterior art. 153, ha sido objeto de una importante interpretación jurisprudencial, en doctrina que sigue plenamente vigente. De este modo, el entendimiento inicial *cuasi* aritmético del requisito de la habitualidad, extraído en analogía de la doctrina dictada a propósito de la derogada usura habitual y de la receptación habitual de faltas (art. 299 CP), que exigía la constatación de al menos tres actos violentos, ha sido superado por la jurisprudencia que ha perfilado un concepto de habitualidad o reiteración en el maltrato sustentado en la prueba de la creación de un «clima de temor» en las relaciones familiares, más que en la constatación de un determinado número de actos violentos. Fiel exponente de esta idea son, entre otras, las SSTS 927/2000, de 24 de junio, 1208/2000, de 7 de julio y 1366/2000, de 7 de septiembre.

La diferencia en la concepción de la habitualidad en el maltrato familiar o doméstico -consistente en «un ataque contra la paz familiar creando una situación de dominación y temor» según expresa la STS 927/2000- y la habitualidad en las lesiones a extraños al círculo de personas contempladas en el art. 173 -consistente en la comisión de cuatro acciones violentas en el plazo de un año según el art. 147.1 pfo. 2- encuentra su justificación en el distinto alcance de la conducta en uno y otro caso. Los bienes jurídicos vulnerados en cada delito son diferentes. Las lesiones reiteradas por una persona a extraños no suponen la vulneración de determinados derechos y principios presentes en el ataque habitual al núcleo de convivencia recogido en el art. 173. Según indicaba la Circular 1/1998 la dignidad de la persona (art. 10 de nuestra Carta Magna), el respeto al derecho de igualdad (art. 14), 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. Está pues justificado que la habitualidad del art. 173 sea distinta de la del art. 147 en tanto que, si bien ambos afectan al derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15), aquél incide, además, en los derechos y principios reseñados.

II.3. Subtipos agravados de la conducta de maltrato

Una de las novedades del art. 173.2 estriba en las agravaciones específicas previstas en su párrafo segundo. En concreto dispone: «Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza». Tales circunstancias se prevén igualmente para agravar la pena en su mitad superior en el delito del art. 153.

Basta con la concurrencia de una sola de tales circunstancias para la apreciación en el delito de maltrato habitual (art. 173) o no habitual (art. 153) de la agravación, como se desprende de la redacción en forma alternativa de las ocho modalidades agravatorias de los respectivos preceptos.

Del empleo en plural del término «menores» para describir uno de los subtipos agravados ha de interpretarse que basta para la agravación que la conducta se despliegue en presencia de un solo menor de edad, sin que pueda ser agravada más aún por el hecho de que sean varios los menores que la presencien.

Asimismo, aunque no lo diga el precepto, se ha de tratar de menores integrados en el círculo de sujetos del art. 173.3 CP, pues la razón de la agravación estriba en la vulneración de derechos de los menores que presencian agresiones entre personas de su entorno familiar y educativo. Es decir, no se agravará la conducta cuando esta se perpetre en presencia de menores de edad sin vinculación alguna con el agresor y el agredido (por ejemplo agresión entre cónyuges en la vía pública presenciada por menores transeúntes). Completa esta interpretación el hecho de que las lesiones entre extraños no se agravan cuando se cometen en presencia de menores.

No se da la agravación, sin embargo, por impedirlo la literalidad del precepto, cuando el sujeto pasivo del delito y, en tal caso, única víctima, sea un menor.

Por otra parte, el subtipo agravado consistente en la utilización de armas suscita la duda de si la agravación debe extenderse a las agresiones en las que se hubieren utilizado otros medios peligrosos. La respuesta negativa viene impuesta por el principio de legalidad. Cuando el legislador ha querido efectuar dicha extensión lo ha hecho expresamente, como

sucede, sin ánimo exhaustivo, en los arts. 148, 180 y en el propio art. 153 al referirse a la amenaza leve con armas o medios peligrosos.

Como ya se argumentó surpa, en la conducta de amenaza leve con armas del art. 153 no será aplicable el subtipo agravado cuando se fundamente en la utilización de armas, por cuanto, con argumento en el art. 67 CP y en el principio *non bis in idem* (art. 25 CE), dicha circunstancia no puede integrar a su vez el tipo básico y el cualificado.

Es posible que la circunstancia que atrae el subtipo agravado sea constitutiva de delito. Así, si la agresión se verificó con armas o en domicilio de la víctima cabe que estemos ante un delito de tenencia ilícita de armas o de allanamiento de morada, si se carece de la correspondiente licencia de armas o la entrada en la vivienda se hizo contra la voluntad del morador. En ambos casos deberá apreciarse un concurso de delitos entre la figura agravada del art. 153 ó 173 y el delito de tenencia o de allanamiento. Dicha interpretación no conculca el principio *non bis in idem*. En el caso de la tenencia ilícita dado su carácter de delito de tracto continuado que no requiere de la utilización del arma para su consumación. En el del allanamiento ya que a la vulneración de la negativa a entrar en el domicilio quebrantando el art. 18 CE se les añade el desvalor de la acción por ser desplegada en su interior.

Si el subtipo agravado consiste en haberse producido la agresión tras quebrantar el autor una pena o medida cautelar, la cuestión del posible concurso con el delito del art. 468 CP se tratará en el último apartado de esta Circular dedicado al incumplimiento de las medidas.

De otra parte, en relación con el art. 173, basta con la concurrencia de cualquiera de tales circunstancia en uno solo de los actos integrantes de la habitualidad para que toda la conducta habitual se vea agravada en su punición, tal y como ha querido el legislador al anudar la agravante a que «alguno o algunos» de los actos se perpetren bajo cualquiera de las circunstancias que contiene.

II.4. Referencia a algunos problemas concursales

Debe repararse en que las circunstancias agravatorias son exactamente las mismas en ambos tipos de maltrato familiar, habitual (173) y no habitual (153). Y ello suscita determinados problemas de *bis in idem* que pasamos a analizar.

No será posible, por vulneración del principio citado (art. 25 CE), que una sola de tales circunstancias sirva tanto para agravar la conducta concreta de maltrato en la que concurrió (penada a tenor del art. 153) cuanto en la conducta de maltrato habitual (art. 173) en la que, junto a otros actos concretos, aquella se integre para apreciar la nota de habitualidad. Es evidente que una misma circunstancia no puede ser tenida en consideración dos veces para agravar dos diferentes delitos. Esta misma conclusión es predicable del concurso entre las lesiones del art. 148.1 en relación con el 147 y el maltrato habitual del art. 173.

Surge entonces la duda acerca de cuál sea el tipo penal en que dicha agravación deba surtir efecto, lo que tiene indudable repercusión práctica ya que la pena resultante del concurso será más onerosa si se forma el subtipo agravado con el art. 173 y no con el art. 153.

En ocasiones la cronología procesal de enjuiciamiento puede dar por resuelto el asunto: si por haber sido enjuiciado separadamente el acto concreto ya se condenó por delito del art. 153 apreciando la agravación, es claro que la circunstancia agravante no podrá ser tenida nuevamente en consideración en el ulterior procedimiento por maltrato habitual para agravar el tipo del art. 173.

Pero fuera de ese caso, si se enjuician conjuntamente la conducta concreta y la habitual, de la que aquella no es sino una específica expresión, se abren dos posibles opciones a la hora de formular la calificación: reputar cometido un delito del art. 153 en modalidad agravada en concurso real con un delito del art. 173, o bien, a la inversa, estimar cometido un delito del art. 153 simple más un delito del art. 173 en su modalidad agravada.

Existen argumentos que apoyan esta última opción: la específica mención «alguno o algunos» recogida en el art. 173 permite aplicar la agravación en este precepto. Asimismo ésa es la solución interpretativa que ofrece el principio de alternatividad del art. 8.4 CP.

En consecuencia, no cabe aplicar el subtipo agravado más que en una de las infracciones, siendo preferible en la del art. 173.2 por aplicación de las reglas 1ª y 4ª del art. 8 CP.

Si el concurso surgiere entre el art. 147 habiéndose utilizado armas en la lesión y el art. 173, la solución del art. 8.4 se decanta por la calificación a tenor del tipo básico del art. 173.2 en concurso con el 147 en relación con el art. 148. 1º CP.

De otra parte, resulta ocioso indicar que cuando concurran varias circunstancias agravatorias (por ejemplo un acto se cometió con armas y en el domicilio de la víctima) habrán de calificarse entonces aplicando el subtipo agravado tanto en el acto concreto violento (art.153) como, en su caso, en la conducta habitual (art. 173).

Finalmente la concurrencia de dos o más circunstancias agravatorias en un solo delito, 153 ó 173, no tendrá otra relevancia distinta que la de ser tenida en consideración a efectos de valorar, dentro del tramo de la mitad superior de la pena, el alcance o duración concreta que se solicite.

II.5. Ampliación del círculo de personas protegidas en violencia doméstica

Otra de las importantes novedades de la reforma es la redefinición del círculo de personas sujetos pasivos de la acción de maltrato. El régimen penal de los actos violentos encuentra distinta y más grave respuesta si se proyecta sobre alguna o algunas de las personas de dicho círculo.

Las críticas y sugerencias de la doctrina han llevado al legislador a ampliar notablemente ese grupo de personas protegidas, extendiéndolo incluso más allá del ámbito familiar.

Se incluyen una serie de personas que no se comprendían en el tenor literal del anterior art. 153. Los novios pasan a ser incluidos pese a la discutible fórmula empleada por el legislador al señalar «personas unidas por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia», a lo que se añade la supresión de la mención «de forma estable» que contenía el derogado art.

153. Los hermanos se recogen ahora expresamente en el art. 173.2. Asimismo, el precepto no se refiere como antes a los «hijos» sino, más ampliamente, a los «descendientes» sin limitación de grado, incluyendo de ese modo a los nietos principalmente. De otra parte, la mención a «descendientes, ascendientes o hermanos» incluye expresamente a los que lo sean por «naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente», sin exigirse -como se hacía antes- ningún requisito de convivencia con el agresor ya que la mención del precepto a «que con él convivan» se refiere en exclusiva a «los menores e incapaces» como se deduce de la separación de grupos que va efectuando el precepto detrás de cada expresión «o sobre»; en consecuencia, quedan incluidos aún cuando no mediara convivencia con el agresor los ascendientes o hermanos por afinidad e, igualmente, los descendientes incluso mayores de edad aun cuando al llevar vida independiente no convivieren con el agresor.

Además, se recogen dos esenciales novedades, la inclusión de las personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de convivencia familiar del agresor y las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, con cuyas definiciones se pretende dar protección a situaciones fácticas próximas a la familiar (personas que conviven en el núcleo familiar por cualquier relación o circunstancia no definida expresamente antes: parientes fuera de los grados de parentesco señalados, trabajadores, etc.), o sujetas al régimen de centros sin que tengan, por su especial vulnerabilidad, la plena posibilidad de abandonarlo (menores en guarderías o colegios, ancianos en residencias, etc.).

La amplitud de la descripción de los sujetos pasivos del precepto, que en su intención de abarcarlo todo permite incluir a la misma persona en varias de las enunciaciones que hace, comprende entre el círculo de personas protegidas, como se ha visto, situaciones muy amplias y variadas.

En todo caso, es preciso recordar que es indiferente que los actos de violencia recaigan -tal como establece el art. 173.3- «sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo».

Ahora bien, determinados actos por su propia dinámica y naturaleza, pese a que producen un resultado que recae sobre un miembro concreto del grupo familiar, afectan a todos los miembros del mismo que han de ser considerados víctimas del delito en su conjunto. La anterior consideración es importante a efectos de la fijación de la responsabilidad civil y de la adopción de medidas cautelares. Asimismo, esta consideración deviene esencial para impedir que la actitud de retractación (frecuente y humanamente explicable) de determinados denunciantes adquiera eficacia: no sólo se trata de un delito público en el que no cabe ninguna figura de perdón o de renuncia a la acción penal, sino que, además, la víctima frecuentemente no sólo es el sujeto pasivo de la acción violenta que manifiesta la retractación sino todos los restantes integrantes del núcleo de convivencia familiar.

Por último, se ha de rechazar la aplicación de la agravante mixta de parentesco del art. 23 CP en relación con los delitos del art. 173 (en este sentido STS 164/2001, de 5 de marzo) y de maltrato no habitual del art. 153 dado que resulta inherente a la formulación típica de los mismos. Deberá ser apreciada, sin embargo, en los concretos actos de violencia tipificables en algún otro precepto que, a diferencia del art. 153, no exija entre sus elementos la relación de parentesco.