INSTRUCCIÓN 4/2004, DE 14 DE JUNIO, ACERCA DE LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS Y EL REFORZAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN RELACIÓN CON LOS DELITOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

I.- Introducción

La Fiscalía General del Estado ya se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre los distintos problemas jurídicos que plantea la interpretación de los tipos penales relacionados con el maltrato doméstico. La Circular 1/1998, de 21 de octubre, sobre intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, la Circular 3/2003, de 30 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección y la Circular 4/2003, de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica, son expresión de un cuerpo de doctrina de íntegra vigencia. Sin embargo, la preocupante evolución de las cifras estadísticas relacionadas con tal forma de delincuencia, impone un recordatorio acerca de la importancia de completar aquellos instrumentos de unificación de criterios con nuevas soluciones que complementen y, si fuera posible, mejoren la respuesta del Fiscal ante renovados problemas que la realidad viene poniendo de manifiesto.

La lucha por un adecuado tratamiento jurisdiccional de la violencia doméstica aconseja no basar la respuesta jurídica a esos fenómenos violentos en la confianza que proporciona la suficiencia de los instrumentos jurídicos ya existentes. De ahí la importancia de contemplar las Circulares e Instrucciones hasta ahora dictadas como soluciones jurídicas tan válidas como susceptibles de complemento. La violencia doméstica, de tanta capacidad ofensiva respecto de bienes jurídicos de primer orden, es inconciliable con un análisis exclusivamente formal, en el que el peso de las categorías jurídicas se convierta en la única referencia. La Fiscalía General quiere hacer de la violencia doméstica una de sus preocupaciones prioritarias. Y quiere hacerlo con la convicción de que la batalla contra ese fenómeno delictivo puede hacerse respetando el equilibrio entre el necesario rigor y la irrenunciable vigencia de los principios y garantías que legitiman el proceso penal.

Es previsible que la futura entrada en vigor de las reformas anunciadas en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer, haga aconsejable próximos pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado, que adapten la actuación de los Sres. Fiscales al nuevo marco jurídico. Sin embargo, los puntos que constituyen el objeto de la presente Instrucción no persiguen suplir ningún vacío legal ni, por supuesto, anticipar soluciones en la línea que inspira el novedoso tratamiento integral de la violencia sobre la mujer. La Instrucción que ahora ve la luz sólo aspira a fijar, con carácter general y unitario, algunas pautas de actuación de los Sres. Fiscales en relación con cuestiones que, pese a su aparente sentido rutinario, pueden llegar a condicionar la eficacia del tratamiento jurídico de cualquier denuncia por un episodio violento. No se pretende, pues, un exhaustivo análisis de problemas interpretativos en relación con el cuadro normativo vigente. Sólo se busca obtener de éste el máximo aprovechamiento.

Las soluciones que se propugnan cuentan, además, con el reforzado aval que le proporciona su aprobación por la Junta de Fiscales de Sala que, en su reunión de 19 de mayo de 2004, respaldó la iniciativa del Fiscal General del Estado de someter a su consideración los puntos concretos que hoy integran la presente Instrucción. Esa convocatoria fue el resultado de la comunicación remitida por el Excmo. Sr. Ministro de Justicia, fechada el día 18 de mayo del corriente año, mediante la que dio traslado, a los efectos previstos en los apartados 1 y 2 del art. 8 la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, de las actuaciones que el Gobierno había interesado del Fiscal General del Estado, en materia de violencia doméstica, conforme a lo acordado en el Consejo de Ministros del pasado día 7 de mayo.

II.- La actuación del Ministerio Fiscal para la protección y salvaguarda de los derechos de la víctima

La defensa de los derechos de la víctima de un delito de violencia doméstica ha de representar uno de los objetivos prioritarios de la actuación del Fiscal en cualquier proceso penal. Esa preocupación enlaza con alguna de las más genuinas misiones que la ley reserva al Ministerio Fiscal. No en vano, el apartado 10 del art. 3 del EOMF señala entre sus funciones la de "…velar por la protección procesal de las víctimas, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas".

Está fuera de dudas que en los delitos relacionados con la violencia doméstica, la víctima se convierte en la inerme destinataria de una agresión que, en la mayoría de los casos, tiene naturaleza pluriofensiva. Es importante, pues, recordar que las previsiones contenidas en la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1998, de 27 de octubre, sobre ayudas públicas a las víctimas de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual, habrán de ser adaptadas, en lo que resulte aplicable, a cualquier denuncia por hechos de esta naturaleza.

Los Sres. Fiscales han de tener bien presente que la denuncia por un hecho violento en el seno familiar es algo más que la simple transmisión de una *notitia criminis.* La experiencia demuestra que, en no pocos casos, la mujer que acude a unas dependencias policiales, al Juzgado de Guardia o a cualquier oficina del Ministerio Fiscal, está denunciando un hecho delictivo pero, al propio tiempo, está exteriorizando su confianza en que los mecanismos jurídicos de protección van a funcionar adecuadamente. Y el Fiscal representa una pieza clave a la hora de activar esa respuesta jurídica de salvaguarda y tutela.

Es indispensable, pues, que los Sres. Fiscales aseguren su presencia en la declaración judicial de la víctima. Ese deber institucional de comparecencia debe imponerse, incluso, a la concreta modalidad de procedimiento. Ya sea en el marco de cualquiera de las formas aceleradas, ya en el ámbito de un procedimiento penal de carácter ordinario, el representante del Ministerio Fiscal habrá de contemplar esa primera declaración de la víctima como la privilegiada fuente de conocimiento para postular las medidas de protección necesarias. Es en ese acto procesal, tan próximo a la agresión padecida, en el que los factores

de riesgo se evidencian con mayor nitidez. De ahí la importancia de que los valiosos datos que pueda contener el atestado policial o la denuncia judicial acerca de futuros riesgos para la integridad de la víctima, no representen para el Fiscal una burocrática toma de contacto con los documentos en los que, con mayor o menor acierto, ese riesgo es descrito. El Ministerio Fiscal habrá de efectuar una valoración propia que siempre estará enriquecida por su proximidad directa respecto de la víctima y de sus específicas circunstancias familiares.

III.- El reforzamiento de las medidas cautelares en relación con el agresor

La intervención del Ministerio Fiscal en el acto procesal encaminado a valorar la procedencia de otorgar una orden de protección, ya fue objeto de análisis por la Circular 3/2003, de 30 de diciembre. Sus mandatos siguen plenamente vigentes y a ella conviene remitirse.

Sin embargo, dos aspectos ligados a las medidas cautelares de tutela han de merecer ahora la reforzada atención por los Sres. Fiscales. El primero de ellos se refiere a la posible suspensión del derecho de visitas en favor del agresor; el segundo, alude a las consecuencias del quebrantamiento de la medida de alejamiento.

a) Afirmar el carácter pluriofensivo de los delitos relacionados con la violencia doméstica, supone reconocer que el círculo de víctimas no se identifica exclusivamente con la persona que soporta el maltrato. La erosión de los valores que han de regir la convivencia del grupo familiar afecta también, cómo no, a los hijos menores de edad. Ese hecho no puede pasar desapercibido al Ministerio Fiscal. El art. 544 ter en su apartado 7 autoriza medidas de naturaleza civil cuando existan hijos menores o incapaces, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el art. 158 del Código Civil. Estas medidas –conforme establece la literalidad de aquel precepto- podrán consistir "…en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios". La Circular 3/2003 fijaba criterios para resolver los problemas que pudieran surgir de la convergencia de distintos órganos jurisdiccionales a la hora de adoptar una medida de protección, recordando la importancia de evitar *lapsos de inactividad* de tan perjudiciales efectos.

De lo que se trata ahora es de recordar a los Sres. Fiscales la necesidad de prestar atención a las actuaciones relacionadas con la solicitud ante los tribunales de aquellas medidas cautelares dirigidas a la suspensión, en los casos más graves, del régimen de visitas establecido a favor del agresor. Obviamente, tal solicitud del Fiscal o, en su caso, el apoyo a la formulada por la víctima, habrá de adaptarse a las previsiones fijadas en el art. 544 ter, apartado 7, párrafos primero y segundo.

Los Sres. Fiscales habrán de tener bien presente que la aplicación de esa medida no debiera revestir un carácter indiscriminado y de aplicación automática. Antes al contrario, habrá de ser de aplicación reservada para aquellos casos cuya gravedad o especial naturaleza así lo aconsejen. Quizás resulte innecesario recordar que el legislador no ha querido arbitrar, en el momento procesal a que se refieren los arts. 544 bis y 544 ter de la LECrim, una medida sancionadora, sino una medida cautelar dirigida a la protección de los menores que se dibujen como víctimas potenciales de la violencia del agresor.

b) El quebrantamiento de medidas cautelares por el denunciado o la violación de las órdenes de alejamiento previamente adoptadas ha de provocar, en todo caso, la firme reacción del Ministerio Fiscal. La inatención del agresor a las medidas cautelares decretadas por el Juez, ha de ser siempre interpretada por los Sres. Fiscales como la primera de las alarmas de riesgo de nueva agresión. Ello le obliga a instar o, en su caso, acordar la inmediata detención del infractor y su puesta a disposición judicial como posible autor de un delito de quebrantamiento de medidas, previsto en el art. 468 del Código Penal.

El párrafo cuarto del art. 544 bis de la LECrim regula un específico régimen jurídico de respuesta ante el incumplimiento por el inculpado de la medida acordada por el Juez o Tribunal. Es cierto que –como recordaba la Circular 3/2003-, la entrada en vigor de la reforma prevista en el mes de octubre de 2004, va a suponer la sustitución de la vigente pena de multa anudada al art. 468 por la de prisión de 3 meses a 1 año o trabajos en beneficio de la comunidad de 90 a 180 días. Ello va a facilitar la sustitución de las medidas cautelares incumplidas por otras soluciones agravadas que impliquen, conforme establece el art. 544 bis último párrafo, una mayor limitación de la libertad personal del imputado.

No resulta fácil sugerir fórmulas generales de aplicación incondicionada a cualquier situación de incumplimiento. De hecho, tal modo de afrontar la búsqueda de soluciones puede conllevar el riesgo de desnaturalizar el significado mismo de las medidas cautelares. Sin embargo, la prevención impuesta por la necesidad de no distanciarse de los principios que legitiman cualquier restricción de la liberad personal, no es incompatible con el decidido propósito institucional de aprovechar cuantas posibilidades ofrezcan las normas vigentes. De ahí la importancia de que los Sres. Fiscales tomen en consideración, a la hora de formular el juicio de procedencia sobre la medida cautelar más adecuada, que el art. 503.1.c) de la LECrim ha redefinido la constitucionalidad de los fines legítimos a los que ha de acomodarse la prisión preventiva. Entre tales fines se incorpora el de "…evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal. En estos casos, no será de aplicación el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1º de este apartado".

No se trata de propugnar, siempre y en todo caso, la más intensa de las restricciones a la libertad personal. Tampoco resultaría aceptable que la

excepcional adopción de esa medida implicara su mantenimiento hasta el momento mismo del juicio oral. Forma parte inseparable de toda medida cautelar su variabilidad en función de que subsistan o desaparezcan las razones que obligaron a decretarla. En definitiva, la gravedad de la respuesta jurídica propugnada por el Fiscal habrá de ser siempre acorde con la gravedad de la situación de riesgo a la que pretende hacer frente.