

MODIFICACIONES LEGISLATIVAS EN MATERIA DE VIOLENCIA EN EL ÁMBITO FAMILIAR.

Concepción Espejel Jorquera
Presidenta de la A.P. Guadalajara

Desde la promulgación de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, que introdujo el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y que contempló dentro del ámbito de aplicación del referido procedimiento, entre otros, los delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refería el anterior art. 153 C.P. (actual art. 173.2 C.P.); comprendiendo igualmente las faltas cometidas contra dichas personas en el de los juicios de faltas de celebración inmediata, se han producido en el último año diversas reformas legislativas tendentes a dar una respuesta global y coordinada por parte de todos los poderes públicos a la violencia ejercida en el entorno familiar, iniciativas que son fruto de la gran preocupación social e institucional que produce la proliferación de este tipo de conductas y, en particular, la violencia de género, la cual fue calificada por la Exposición de Motivos de la L. 27/2003 de 31 de julio como “una lacra que afecta e involucra a toda la ciudadanía”.

Algunas de dichas reformas han afectado a la regulación sustantiva de los ilícitos penales cometidos contra las personas comprendidas en los arts. 153 y 173.2 C.P. y otras han modificado diversos preceptos de la L.E.Cr. atinentes a esta materia y a otra normativa complementaria. Las más importantes, por orden cronológico, han sido la Ley 27/2003, de 31 julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica; la Ley Orgánica 11/2003, de 29 septiembre sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; la L.O.13/2003 de 24 de octubre que modificó la prisión provisional, la L.O. 15/2003 de 25 de noviembre de modificación del C.P. y finalmente el Real Decreto 355/2004 de 5 de marzo por el que se regula el Registro Central para la protección de las víctimas de la Violencia doméstica.

LA ORDEN DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

En materia procesal, tras el avance que representó la mencionada L. 38/2002, de 24 de octubre, tendente a agilizar el enjuiciamiento de este tipo de conductas, el siguiente paso lo constituyó la promulgación de la Ley 27/2003 de 31 de julio, reguladora de las órdenes de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

La citada Ley comienza por reformar el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incluyendo entre las primeras diligencias a las que se refiere el precepto, junto con las medidas cautelares del art. 544 bis la orden de protección introducida en el art. 544 ter.

Este artículo, a su vez, ya había sido objeto de modificación por la tantas veces citada L.O.14/1999 de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Cuya E.M aludía a que las reformas de la L.E.Cr. introducidas por la misma perseguían el objetivo de facilitar la inmediata protección de la víctima en los delitos de referencia, mediante la introducción de una nueva medida cautelar que permita el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima, apuntando que esa nueva medida podría acordarse entre las primeras diligencias reguladas en el art. 13 de la Ley Procesal, primeras diligencias en las que después de la L 27/2003 se contempla ahora, junto con las medidas cautelares del art. 544 bis la orden de protección introducida en el art. 544 ter.

Ya en esa inicial modificación operada por L.O.14/1999 se vino a poner especial atención en la exigencia de que los órganos de la Justicia Penal hagan efectiva la protección de las víctimas.

Se supera así una concepción del Derecho Penal como sancionador de los ilícitos para hacer hincapié en su función de garantía de los derechos de las víctimas, la cual es una exigencia que dimana del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 C.E..

El núcleo fundamental de la reforma incorporada a la Ley 27/2003 lo constituye, sin embargo, la adición del art. 544 ter en la L.E.Cr., regulador de la Orden de Protección.

En relación con el contenido de la Orden de Protección, el art. 544 ter establece que la misma confiere a la víctima un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en dicho artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico; añadiendo que la orden podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración pública.

La tramitación de la solicitud está presidida por los principios de oralidad, concentración y celeridad.

No podemos olvidar que la Orden de Protección constituye, en esencia, una medida de carácter cautelar, sujeta, como tal, a los requisitos de adopción de este tipo de medidas, los cuales se infieren del apartado 1 del art. 544 ter., a saber:

La existencia del denominado “*fumus boni iuris*”, es decir, la apariencia de buen derecho, el cual viene dado por la existencia de indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra cualquiera de las personas previstas en el art. 173.2 C.P., así como de su comisión por la persona frente a la que se pide la orden de protección; siendo extrapolable a esta cuestión toda la doctrina dictada por el T.C. en materia de medidas cautelares, que pregona que en la misma no está justificada la invocación del derecho a la presunción de inocencia, ya que tales medidas no pueden vincularse a un eventual castigo o sanción, aunque supongan una restricción temporal de los derechos del interesado, A.T.C. 9-12-1987 pues, como se indica en la STC 108/1984, el derecho a la presunción de inocencia es compatible con la adopción de medidas cautelares, siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho y sean proporcionadas a la finalidad perseguida, así como la que proclama que los presupuestos exigibles para su adopción han de examinarse sin perder de vista la limitación que las acordadas puedan suponer de los derechos de la persona afectada, en relación con la naturaleza y entidad del riesgo que se pretende erradicar; habiendo apuntado reiteradamente la Jurisprudencia que, aún en supuestos en los que la medida es más grave como lo es la privación de libertad, no existe en la resolución que decreta la prisión provisional una declaración de culpabilidad y que el derecho a la presunción de inocencia carece de ámbito de aplicación en esta materia, A.T.C. 24-7-2000, de parecido tenor A.T.C. 17-2-2000, que recogiendo la S.T.C. 108/1994, de 11 de abril, especifica que para la privación de libertad no se exige una prueba plena de la autoría ni una definitiva calificación jurídica de la conducta, sino, como establece también el A.T.C. 7-7-2000, que glosa la S.T.C. 33/1999, únicamente la existencia de indicios racionales de comisión de una acción delictiva, como presupuesto de la legitimidad constitucional de aquella, unida al objetivo de la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida, en el mismo sentido, S.T.C. 62/1996, de 15 de abril, 44/1997, de 10 de marzo, 66/1997, de 7 de abril, 177/1998, de 14 de septiembre.

Junto con la existencia de indicios fundados de criminalidad, se exige para dictar la orden de protección una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección contempladas en la misma.

No se trata propiamente del *periculum in mora*, al que se refieren las medidas cautelares cuya finalidad es la necesidad o conveniencia de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional en la definitiva resolución que en su día se dicte sobre el fondo, dado que el propósito de la orden de protección no es la efectividad de un eventual Fallo condenatorio sino la de garantizar la seguridad de la víctima, situada en una especial situación de vulnerabilidad en los delitos que nos ocupan, evitando el riesgo que puede dimanar de una posible repetición de acciones violentas por parte del agresor.

De manera que habrá que efectuar un pronóstico de dicho posible peligro, a la vista de las circunstancias del hecho y de las personales del presunto autor.

La Orden debe acordarse en resolución motivada; teniendo en cuenta que en el deber de motivación de todas las resoluciones judiciales prevenido en el art. 120.3 C.E. se exige con especial rigor en todas las medidas limitativas de derechos, como son las que pueden ser objeto de adopción en la Orden.

La Orden habrá de ser dictada por el Juez de Guardia, sin perjuicio de que si excepcionalmente no fuese posible celebrar la audiencia durante el servicio de guardia, el Juez ante el que hubiera sido formulada la solicitud convocará en el plazo más breve posible audiencia que, en cualquier caso, habrá de celebrarse en un plazo máximo de 72 horas desde la presentación de la solicitud.

Se contempla también en la norma que, en caso de suscitarse dudas acerca de la competencia territorial del juez, deberá iniciar y resolver el procedimiento para la adopción de la orden de protección el Juez ante el que se haya solicitado ésta, sin perjuicio de remitir con posterioridad las actuaciones a aquél que resulte competente.

Junto con la posibilidad de que se dicte la Orden de Protección por el Juez de Guardia, se prevé en el apartado 11 del artículo la de que pueda adoptarse con posterioridad por el Juez o Tribunal que conozca de la causa, en aquellos casos en los que durante la tramitación de un procedimiento penal en curso surja una situación de riesgo para alguna de las personas vinculadas con el imputado por alguna de las relaciones indicadas en el art. 153 C.P.

La Orden de Protección contemplada en el art. 544 ter. podrá adoptarse a instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en el art. 153 C.P., o del Ministerio Fiscal e incluso de oficio por el Juez o Tribunal.

Para posibilitar dicha adopción de oficio se establece que las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados, que tuvieran conocimiento de alguno de los hechos mencionados en el apartado primero deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del Juez de Guardia o del Ministerio Fiscal.

Ello no obstante, las medidas civiles que pueden adoptarse en la Orden de Protección solo podrán acordarse a instancia de parte, conforme previene al apartado 7 del precepto, que establece solo podrán acordarse a instancia de la víctima o su representante legal (en casos de que la víctima sea menores o incapaz) o bien por el Ministerio Fiscal, cuando existan hijos menores o incapaces.

El precepto contempla que la regulación de la Orden de Protección no obsta a que el Juez de Instrucción pueda adoptar en cualquier momento de la tramitación de la causa las medidas previstas en el artículo 544 bis.

La solicitud podrá presentarse directamente ante la autoridad judicial, ante el Ministerio Fiscal, ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ante las oficinas de atención a la víctima y los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas, las cuales habrán de ser remitirla de forma inmediata al Juez competente; añadiendo que los servicios sociales y las instituciones referidas anteriormente facilitarán a las víctimas de la violencia doméstica a las que hubieran de prestar asistencia la solicitud de la orden de protección, poniendo a su disposición con esta finalidad información, formularios y, en su caso, canales de comunicación telemáticos con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal.

Se busca con ello un acceso fácil y rápido a la solicitud. Sin embargo, con posterioridad ha sido aprobado un Protocolo General para la Implantación de las Órdenes de Protección, aprobado por la Comisión de Seguimiento de la implantación de las Órdenes de Protección, la cual se constituyó el 22 de julio de 2003 y está formada por representantes del C.G.P.J., de la Fiscalía General del Estado, de los Ministerios de Justicia, Interior, Trabajo y Asuntos Sociales, de las Comunidades Autónomas, de la Federación Española de Municipios y Provincias y, del Consejo General de la Abogacía Española y del Consejo General de Procuradores de los Tribunales de España, en cuyo Protocolo se resalta la conveniencia de que la solicitud llegue al Juzgado acompañada del correspondiente atestado de la Policía Judicial, no solo por cuanto ello permitirá tener un mayor conocimiento de causa para la adopción de la Orden, sino atendido que para seguir el trámite de los juicios rápidos introducido por la Ley 38/2002 el procedimiento deberán haberse incoado las diligencias en virtud de un atestado policial siempre que la Policía Judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de guardia o que, aun sin detenerla, la haya citado para comparecer ante el Juzgado de guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial.

La Comisión de Seguimiento citada ha aprobado un formulario para la solicitud de la Orden de protección, en el que figuran en diversos apartados los datos del Organismo receptor de la misma y del funcionario o persona que la recibe, los de la víctima, los del solicitante y los del denunciado, así como la relación que une al denunciado con la víctima, la posible existencia de otras denuncias anteriores, la de actuaciones judiciales abiertas por delito o falta, los datos de las personas que viven en el domicilio familiar y su relación con el denunciado, la descripción del último acto de violencia padecido, la de otros posibles anteriores, la reseña de posibles lesiones y si se ha recibido asistencia médica por ellas y centro en que se recibió y si se acompaña parte médico, si se dispone de abogado o si se interesa asesoramiento jurídico del Servicio de Asistencia Jurídica Gratuita del Colegio de Abogados, datos que permitan conocer la situación laboral y económica de la víctima, del denunciado y de la familia y si interesa a la solicitante continuar en la vivienda familiar, si solicita la expulsión de la misma del denunciado para garantizar su seguridad, si precisa ayuda económica y finalmente los datos del Juzgado al que se remitirá la solicitud que consignará el Organismo que la reciba.

El Protocolo General antes mencionado resalta la conveniencia de que la víctima sea asistida por un profesional para rellenar la solicitud.

El precepto contempla una tramitación rápida y sencilla que se concentra en una audiencia urgente a la que convocará el Juez de Guardia al M.F., a la víctima o su representante legal, al solicitante y al agresor, asistido, en su caso, de abogado, la cual deberá celebrarse con carácter general durante el servicio de guardia y en todo caso dentro de las 72 horas desde que se presentare la solicitud, audiencia en la que deberá evitarse la confrontación entre el agresor y la víctima y los restantes miembros de la familia.

Aunque el art. 544 ter establece, respecto a la asistencia letrada, que “el agresor” será asistido “en su caso” por abogado, dicho precepto ha de ponerse, de un lado, en relación con el art. 767 L.E.Cr., el cual fue modificado por la Ley 38/2002, el cual establece que desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada, así como que la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial

recabarán de inmediato del Colegio de Abogados la designación de un abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado y, de otro lado, con lo dispuesto en el art. 796.1. 2ª, que indica que aquella informará a la persona a la que se atribuya el hecho, aun en el caso de no procederse a su detención, del derecho que le asiste de comparecer ante el Juzgado de Guardia asistido de abogado y que si el interesado no manifestare expresamente su voluntad de comparecer asistido de abogado, la Policía Judicial recabará del Colegio de Abogados la designación de un letrado de oficio. De manera que, atendido que el art. 544 ter establece que la audiencia para la decisión de la orden de protección se podrá sustanciar simultáneamente con la prevista en el artículo 504 bis 2 cuando su convocatoria fuera procedente, con la audiencia regulada en el artículo 798 en aquellas causas que se tramiten conforme al procedimiento previsto en el título III del libro IV de esta Ley o, en su caso, con el acto del juicio de faltas, en los casos en que proceda la audiencia prevista en el art. 504 bis 2 o cuando se convoque a la prevista en el art. 798, será preceptiva la asistencia de abogado, de manera que solo cuando se convoque juicio para la persecución de la falta del art. 620.2 cabría plantearse la posibilidad de que pudiera prescindirse de la asistencia de abogado para el presunto agresor.

Ante ello, parece necesario que, para salvaguardar el derecho de defensa que asiste tanto al imputado como a la víctima y el principio de igualdad de armas en el proceso, deba dotarse en dicha audiencia de asistencia letrada a la víctima, la cual será especialmente necesaria cuando se soliciten medidas de índole civil, lo cual podrá lograrse por la vía del art. 6.3 de la Ley de Asistencia jurídica Gratuita para garantizar la igualdad de las partes en el proceso.

En esta materia el Protocolo de Coordinación entre los Órdenes jurisdicciones Penal y Civil aprobado por la Comisión de Seguimiento con fecha 18-12-2003 establece que para garantizar el derecho de defensa ha de dotarse de asistencia letrada a la víctima en la audiencia especialmente cuando se van a solicitar medidas de orden civil; añadiendo que este ha de ser especialista en materia de familia y que el profesional actuante debe ser el mismo que luego actúe en el proceso civil y en la ejecución.

Las medidas judiciales que puede comprender serán de carácter penal o civil, las primeras serán las mismas medidas cautelares previstas con carácter general en la legislación procesal penal, con los requisitos, contenido y vigencia establecidos en la L.E.Cr.

Por tanto las medidas penales pasarán desde las innominadas del art. 13 L.E.Cr. (como por ejemplo la retirada inmediata de armas), pasando por las prohibiciones contempladas en el art. 544 bis, hasta la prisión provisional.

Es de tener en cuenta que dichas medidas del art. 544 bis y la prisión provisional han sido objeto de modificación por las L.O.13/2003 y L.O.15/2003., a las que haré luego mención.

En cuanto a las medidas civiles estas 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.

Como ya se ha mencionado, estas no son aplicables de oficio y únicamente podrán acordarse si previamente no han sido acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil. De ello se infiere que no se podrá lograr por esta vía que el Juez Instructor penal modifique las medidas civiles que hubieren sido ya acordadas por el Juzgado civil; de manera que cualquier modificación de las acordadas en el proceso civil deberá ser pedida ante el Juez de primera Instancia y de conformidad con el procedimiento de modificación de medidas contemplado en la L.E.C.

Ahora bien, dicha mención de la imposibilidad de adoptar medidas civiles cuando ya las hubiere adoptado la Jurisdicción civil queda matizada por la adición que efectúa el propio apartado 7 del art. 544 ter que añade: “sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil”, precepto que establece que el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber por sus padres; las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda; las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las de prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa, la prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido y el sometimiento a autorización judicial previa de

cualquier cambio de domicilio del menor; contemplado dicho art. 158 C.C. finalmente que, en general, podrán adoptarse las demás disposiciones que el Juez o Tribunal considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Dicho art. 158 C.C., introducido por la LO 1/1996 de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor y luego modificado por L.O. 9/2002 de 10 diciembre, relativa a la sustracción de menores, dispone que todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

De manera que, en caso de entenderse que existe alguna de las situaciones de riesgo para el menor a las que se refiere el art. 158, el Juez Instructor o incluso el Tribunal penal podrán adoptar alguna de dichas medidas, lo cual puede ser fuente de resoluciones contradictorias.

Para evitar dichos problemas el Protocolo de Coordinación entre los Órdenes Jurisdiccionales Penal y Civil establece unas pautas para la comunicación entre los Juzgados Penales y los Civiles en el supuesto de que el Juez penal adopte alguna de las medidas previstas en el art. 158 C.C., tanto si existe como si no un proceso civil previo.

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tienen una vigencia temporal limitada de 30 días. De forma que si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia que resulte competente.

Es especialmente importante que se resuelva por la Jurisdicción civil sobre la ratificación, modificación o revocación de las medidas en el plazo legalmente establecido, por cuanto, en caso contrario quedarán sin efecto dejando desprotegida a la víctima.

Si, por la razón que fuere, se prevé que no va a poderse resolver antes del plazo previsto podrán acordarse medidas in audita parte al amparo del art. 771.2.2 (En la misma resolución se podrá acordar de inmediato, si la urgencia del caso lo aconsejare, los efectos a que se refiere el art. 102 del Código Civil y lo que se considere procedente en relación con la custodia de los hijos y uso de la vivienda y ajuar familiares; señalando la comparecencia prevista en el párrafo 1º de dicho art. 771.2.)

El auto en el que se acuerde la Orden se notificará al M.F. y a las partes, a la víctima aun cuando no ostente la condición de parte, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para que velen por su cumplimiento y al Punto único que se establezca en cada territorio para su derivación a los organismos sociales competentes para prestar los correspondientes servicios sociales.

La Orden de Protección implicará el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado, así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. En particular, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del agresor. A estos efectos se dará cuenta de la orden de protección a la Administración penitenciaria.

En esa línea iban otras reformas anteriores desde la L.O.14/1999.

La orden de protección será inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, cuyo Reglamento ha sido recientemente aprobado por R.D. 355/2004 de 5 de marzo, al que haré posterior mención.

MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA L.O.11/2003

La actual sanción penal específica de los ilícitos cometidos en el ámbito doméstico se encuentra en los arts. 153, 173. 2 y 620 C.P., en la redacción dada a los mismos por la L.O.11/2003 de 29 de septiembre sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

Antes de entrar en el análisis de la vigente normativa, voy a efectuar una somera referencia a cual era el panorama legislativo antes de la última reforma.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Con anterioridad a la reforma operada por la citada Ley Orgánica 11/2003, de 29 septiembre, el tratamiento penal de la violencia doméstica venía recogido básicamente en los art. 153 C.P., 617.2 y 620 C.P.

El art. 153 C.P. antes de la última reforma operada por la citada L.O. 11/2003 tipificaba el denominado delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar y castigaba al que habitualmente ejerciera violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él 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, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, conductas que eran castigadas con pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de la punición que pudiera corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

A su vez el anterior art. 153 C.P. tuvo su antecedente en el art. 425 del C.P. de 1973, en la redacción dada al mismo por la ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio, en la que por primera vez se introdujo en el C.P. un tipo autónomo de malos tratos en el ámbito familiar. El Preámbulo de dicha Ley señaló que su introducción tenía por finalidad hacer frente a la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo; añadiendo que pasaban así a ser tipificados como delito los malos tratos ejercidos sobre el cónyuge y sobre menores o incapaces, aunque individualmente considerados no hubieran constituido más que una sucesión de faltas, de modo que cuando éstas se producen de modo habitual sobre los sujetos mencionados en el tipo pasaban a integrar un ilícito más grave constitutivo de delito.

La citada norma contemplaba inicialmente solo los actos de violencia física ejercidos sobre un grupo de sujetos pasivos mucho más reducido que el actual (cónyuge o persona a la que estuviera unida por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a patria potestad o pupilo, menor o incapaz sometido a tutela o guarda de hecho). Ese inicial art. 425 no incluía la violencia psíquica, ni las acciones cometidas frente a otros sujetos, como por ejemplo los ascendientes y llevaba aparejada una pena de poca entidad (arresto mayor).

La primera modificación de la norma se produjo en el C.P. de 1995, en el que ya se incluyó en el art. 153 a los ascendientes y en el que la pena se elevó notoriamente hasta un máximo de tres años de prisión.

Posteriormente el precepto fue modificado por la Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio, incluyendo los actos de violencia psíquica y ampliando el catálogo de sujetos ofendidos por el delito, adicionando al cónyuge o conviviente, el ex cónyuge o ex conviviente, y a los hijos propios los del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro; estableciendo un criterio legal para apreciar el requisito de la habitualidad; indicando que se ha de tener en cuenta el número y proximidad temporal de los actos de violencia anteriores acreditados, con independencia de que se ejercitaran sobre el mismo u otros miembros de la comunidad familiar o cuasifamiliar mencionados en el primer párrafo y de que aquellos hubieran sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores, requisitos a los que se refiere, entre otras la S.T.S. 11-3-2003.

Por otro lado, además del delito de malos tratos habituales que hemos estado comenzando, entre las faltas contra las personas, el párrafo segundo del art. 617, que tipifica la falta de malos tratos, incluía antes de la última reforma un subtipo agravado para supuesto de que los ofendidos fueran algunas de las personas comprendidas en el anterior art. 153. Dicho párrafo también fue modificado por la L.O. 14/1999, en el sentido de que cuando la pena a imponer sea la de multa de uno a dos meses, prevista como alternativa a la de arresto de tres a seis fines de semana, se tenga en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar.

Finalmente, el art. 620 C.P. castigaba en su párrafo primero las faltas de amenazas leves con empleo de armas u otros instrumentos peligrosos y en su párrafo segundo las de amenazas, coacciones, injurias y vejaciones injustas de carácter leve. Dicho art. 620 establecía, y aún establece, un supuesto agravado para el caso de que el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153, para el que señala pena superior (en la actualidad de arresto de dos a cuatro fines de semana o la de multa de diez a veinte días, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar).

Además, la reforma operada por la tantas veces mencionada L.O.14/1999 vino a introducir una modificación respecto del requisito de procedibilidad contemplado en el último párrafo del art. 620, el cual tipifica en sus párrafos primero y segundo las faltas de amenazas, coacciones, injurias y vejaciones injustas de carácter leve.

El precepto con anterioridad a la reforma exigía para la persecución de los hechos descritos en dicho artículo la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Tras la modificación de 1999 se estableció que en estos casos no sería exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de dicho artículo, salvo para la persecución de las injurias. Es decir, que la persecución de las faltas de amenazas, coacciones y vejaciones injustas de carácter leve puede iniciarse de oficio, sin exigencia de la denuncia del ofendido o de su representante legal. Con ello se vino a salir al paso de la posibilidad de que dichas conductas pudieran resultar impunes cuando el perjudicado no se atreviese a denunciar, por miedo, sometimiento económico o psíquico al autor etc.

El art. 620 C.P. no fue modificado por la L.O. 11/2003, de modo que sigue castigando con una penalidad agravada a los autores de las conductas que tipifica cuando el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 (la pena será la de arresto de dos a cuatro fines de semana o la de multa de diez a veinte días, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar). Dicho artículo sí ha sido objeto de modificación por la L.O.15/2003, aún no entrada en vigor, a la que se aludirá más adelante.

REGULACIÓN INTRODUCIDA POR L.O.11/2003

Como se ha expuesto, el panorama legislativo de los malos tratos en el ámbito familiar sentado por la L.O.14/1999 fue nueva y sustancialmente modificado por la L.O. 11/2003, la cual, por un lado, incluye un segundo párrafo en el art. 173 C.P., en el que es objeto de nueva ampliación el maltrato habitual; cambiando además su ubicación sistemática; manteniendo, por otro lado, en el actual art. 153 conductas aisladas que con anterioridad eran meramente constitutivas de falta y que se incardinaban en los art. 617 y 620. Paralelamente se deroga el art. 617.2 C.P.

En la Exposición de Motivos de la L.O.11/2003 se alude a que la reforma se enmarca dentro del Plan de lucha contra la delincuencia, presentado por el Gobierno el día 12 de septiembre de 2002, en el que se contemplaron un conjunto de actuaciones que incluían medidas tanto organizativas como legislativas; poniendo entre esta últimas un especial acento en las medidas dirigidas a fortalecer la seguridad ciudadana, combatir la violencia doméstica y favorecer la integración social de los extranjeros.

El apartado III de dicha E.M. declara que el fenómeno de la violencia doméstica tiene un alcance ciertamente pluridisciplinar y que es preciso abordarlo con medidas preventivas, con medidas asistenciales y de intervención social a favor de la víctima, con medidas incentivadoras de la investigación, y también con medidas legislativas orientadas a disuadir de la comisión de estos delitos. Continúa señalando la referida E.M. que “Por ello, los delitos relacionados con la violencia doméstica han sido objeto en esta reforma de una preferente atención, para que el tipo delictivo alcance a todas sus manifestaciones y para que su regulación cumpla su objetivo en los aspectos preventivos y represivos. También se ha incrementado de manera coherente y proporcionada su penalidad y se han incluido todas las conductas que puedan afectar al bien jurídico protegido”.

En esta línea, en primer lugar, las conductas que son consideradas en el Código Penal como falta de lesiones, cuando se cometen en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos, con lo cual se abre la posibilidad de imponer pena de prisión y, en todo caso, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Por esta razón se ajusta técnicamente la falta regulada en el artículo 617.

En segundo lugar, respecto a los delitos de violencia doméstica cometidos con habitualidad, se les dota de una mejor sistemática, se amplía el círculo de sus posibles víctimas, se impone, en todo caso, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y se abre la posibilidad de que el Juez o Tribunal sentenciador acuerden la privación de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

MODIFICACIÓN DEL ART. 173 C.P.

Tras la modificación operada por la citada L.O. 11/2003, el art. 173 C.P. pasó a incluir en su apartado segundo el coloquialmente denominado delito de malos tratos habituales.

Es de destacar, inicialmente, el cambio de ubicación sistemática del precepto, dentro del Título VII del Libro II dedicado a las torturas y otros delitos contra la integridad moral, a diferencia del anterior delito de malos tratos habituales que se incardinaba dentro del Título III del Libro II dedicado a las lesiones.

Ello es exponente de que lo que venían reiterando la doctrina y la Jurisprudencia, que señalaban que el bien jurídico protegido por el anterior art. 153, actual 173. 2 y 3, no era únicamente la integridad física o psíquica de la persona, sino que se trataba y se trata de un tipo pluriofensivo tendente a proteger, no solo la vida, la salud y la integridad física sino también la dignidad, la seguridad, la integridad moral o el derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante y también la paz y el orden familiar, la convivencia y la protección de las condiciones en que puede tener lugar el pleno desarrollo de la personalidad de los miembros del grupo familiar, a los que se refirieron tanto la Circular 1/98 de 24 de octubre de la Fiscalía General del Estado como el Pleno del C.G.P.J. de 21 de marzo de 2001, que señaló que el bien jurídico protegido por este delito es la dignidad de las personas en el seno de la familia, aunque al mismo aparezcan íntimamente ligados otros como la vida y la integridad física y moral; citando al efecto el referido acuerdo del Pleno las Ss.T.S. 24-6-2000 y 7-9-2000, la primera de las cuales aludía a que el tipo sanciona los ataques contra la paz familiar que se plasmen en agresiones que dibujen un ambiente de dominación y temor sufrido por los miembros de la familia; aludiendo la segunda a que el maltrato familiar ataca no solo a la incolumidad física o psíquica de las personas sino que constituye esencialmente una vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos y por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en un ambiente familiar; añadiendo que se trata de tutelar los valores constitucionales de la dignidad de las personas y la protección de la familia.

Por su parte la S.T.S. 22-1-2002 establece que se trata de una ataque a la pacífica convivencia familiar y las Ss.T.S. 11-3-2003 y 18-6-2003 aluden a que el bien jurídico protegido es la paz familiar; sancionándose aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque nade define mejor el maltrato familiar que la relación asimétrica de dominio de una persona sobre su pareja y los familiares convivientes.

De ello se infiere que el bien jurídico protegido es de titularidad compartida, individual en cuanto afecta a los concretos miembros de la unidad familiar que sufren la violencia y familiar en cuanto afecta a la referida unidad familiar cuyos integrantes padecen los concretos actos de violencia o en general la situación permanente de maltrato a la que han aludido numerosas resoluciones del T.S., entre otras la S.T.S.16-5-2002, que resaltó que, prescindiendo del automatismo numérico de las agresiones, lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, será la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente.

No faltan los autores que critican la ubicación del maltrato familiar en el título dedicado a las Torturas y otros delitos contra la integridad moral y entienden que hubiera sido más acertado incardinarlo en el relativo a los delitos contra las relaciones familiares (Título XII del Libro II), como ocurre, por ejemplo en el C.P. italiano, en el que se enmarcan en los delitos contra la familia. Con esta ubicación el legislador parece decantarse por dar prevalencia como bien jurídico protegido a la dignidad de la persona y a su derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes recogido en el art. 15 C.E., a cuyo contenido se refieren las Ss.T.C. 120/1990 y 137/1990, que consideran como trato degradante la causación de padecimientos físicos o psíquicos inflingidos de modo vejatorio para quien los sufre o realizados con intención de vejear, en parecida línea S.T.S.8-5-2002, que considera como tal cualquier atentado contra la dignidad de la persona que menoscabe su integridad moral; apuntando que la misma se contempla como un valor autónomo independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad o al honor, de modo que el bien jurídico protegido es la inviolabilidad de la persona.

En cualquier caso, el cambio de ubicación del tipo refuerza la postura doctrinal que, pese a la anterior incardinación en el Capítulo dedicado a las lesiones, pregonaba que la condena por este ilícito específico, aún cuando fueran igualmente sancionados los concretos resultados producidos por los actos individuales de violencia, no vulnera los principios de cosa juzgada y non bis in idem, en tal línea se pronuncian las Ss.T.S. 9-7-2001, 16-5-2003 y 18-6-2003, entre otras.

La L.O 11/2003 ha venido a ampliar el catálogo de posibles sujetos tanto del delito de malos tratos habituales del nuevo art. 173 como del introducido en el nuevo art. 153.

Ambos son tipos en los que es precisamente la relación familiar o asimilada la que da lugar a la punición especial de las conductas, pues, de no mediar dicha relación, en el caso del nuevo art. 153 C.P. la actuación no rebasaría el ámbito de las faltas y en el del art. 173 únicamente permitiría la sanción de los concretos resultados típicos producidos (como falta o delito según los casos).

Volviendo a los requisitos del delito contenido en el nuevo art. 173 C.P., es de señalar que, al igual que en anterior art. 153 y que el nuevo art. 153, se caracteriza desde el punto de vista subjetivo por ser los sujetos activos y pasivos las personas en quienes concurra alguna de las condiciones personales descritas en el tipo, algunas de las cuales tienen una naturaleza formal, así la de cónyuge, descendiente, ascendiente, hermano, titular de la patria potestad, tutela o curatela o acogimiento, mientras que otras se refieren a vínculos materiales sin plasmación jurídica, así las relaciones de afectividad análoga a la conyugal,

guarda de hecho o cualquier otra relación en virtud de la cual la persona se encuentre integrada en el núcleo de convivencia familiar. Algunos de los sujetos pasivos descritos en el precepto son personas vinculadas directamente con el autor, por ejemplo, los descendientes, ascendientes, hermanos y afines propios, mientras que otros están unidos al autor únicamente de un modo mediato, al estar vinculados directamente sólo al cónyuge o al conveniente; contemplándose incluso un supuesto distinto y totalmente novedoso, en el que no media ni una ni otra relación familiar o asimilada, sino en el que el ofendido es persona que por su especial vulnerabilidad se encuentra sometida a custodia o guarda en centros públicos o privados.

A diferencia del anterior art. 153 C.P., que exigía que la relación de afectividad análoga a la conyugal se diera de forma estable, el nuevo art. 173 suprime la exigencia de dicha estabilidad y añade la posibilidad de que el tipo se aplique a quienes estén unidos por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia. Parece querer incluirse aquí las relaciones de noviazgo sin convivencia. Esto puede ofrecer problemas prácticos, por cuanto, de un lado, tradicionalmente desde el punto de vista civil se viene entendiendo que la relación de análoga a afectividad a la conyugal comporta la convivencia, dado que el art. 68 C.C., entre otras obligaciones de los cónyuges, contempla la de vivir juntos y, de otro lado, será difícil determinar cuando, pese a la falta de convivencia, puede considerarse que la duración y naturaleza de la relación son suficientes para estimar que concurre tal relación de afectividad análoga que permita obtener la protección especial de estos tipos delictivos.

El precepto sigue sin incluir de modo expreso las relaciones homosexuales. Con la anterior redacción no faltaban quienes consideraban que dichas relaciones no quedaban incluidas en el tipo, dado que, al exigirse relación análoga a la conyugal, entendían que no debía considerarse tal la existente entre personas del mismo sexo, al no estar permitido el matrimonio más que entre sujetos de diferente sexo. Otros autores venían entendiendo que, atendido que lo que se pretendía hacer prevalecer no era el vínculo legal sino el afectivo, nada impedía incluir en él a las parejas de homosexuales. En la actualidad el artículo 173 añade una cláusula abierta, al referirse a “persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar”, lo que, desde mi punto de vista, permite incluir por dicha vía en la protección de estos tipos delictivos tales relaciones homosexuales.

Es evidente que la ruptura de la afectividad entre los cónyuges o convivientes, que obstaría en otros delitos para apreciación de la agravante de parentesco, resulta irrelevante para la posible comisión del delito que nos ocupa, en el que basta que la situación fáctica existente en el domicilio permita a uno de los miembros ejercer habitualmente violencia sobre los otros.

El nuevo artículo incluye con carácter general a todos los descendientes, a diferencia del anterior que hablaba solo de los hijos (con lo que antes quedaban fuera de la norma los nietos).

La anterior redacción no incluía ni a los hermanos y cuñados propios o del cónyuge o conviviente ni expresamente a los ascendientes del cónyuge o conviviente, dado que estos, evidentemente, no están sujetos a la patria potestad, tutela o curatela del ofensor; no faltando quien propugnaba dar cobertura por la vía de entenderlos sometidos a la guarda de hecho, a los ascendientes para evitar la desprotección en casos lamentables de ascendientes del cónyuge o conviviente que, por razones de imposibilidad física o psíquica, debían convivir con el autor, ya ininterrumpidamente ya durante estancias temporales repetidas, lo cual es frecuente cuando se trata de personas mayores que no tienen autonomía y requieren el auxilio de la familia, siendo varios los familiares que se distribuyen en períodos alternativos el cuidado de los padres.

Es de notar que, aunque el precepto ampara a la persona unida por análoga relación de afectividad aunque no exista convivencia, la protección no se dará respecto de los familiares de la pareja en los casos de falta de convivencia, dado que alude a los descendientes, ascendientes o hermanos propios “o del cónyuge o conviviente”, lo cual parece lógico, ya que esas personas en caso de falta de convivencia entre la pareja, no estarán sometidos a la influencia del posible agresor al no convivir tampoco en el domicilio familiar.

Se incluyen, de otro lado, como sujetos pasivos del delito los menores o incapaces que convivan con el autor o que se hallen sujetos a patria potestad, tutela curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente.

Se incorpora así a cualquier menor que conviva en el domicilio familiar por cualquier razón, como pueden ser las estancias temporales por estudios, vacaciones, etc.

Respecto de los menores o incapaces no se exige el sometimiento a patria potestad, tutela, curatela o acogimiento sino que basta la guarda de hecho. El precepto en este punto es sustancialmente idéntico al anterior.

En cuanto a concepto de incapaces, deberán comprenderse en el mismo no sólo a las personas que ha sido objeto de incapacitación en vía civil sino a todas las que tienen limitadas sus facultades de autoprotección, lo que resulta de la finalidad de la norma, dado que el contexto del comportamiento típico se caracteriza por las posibilidades eminentemente fácticas de aplicación de fuerza por parte de unos miembros del grupo de convivencia sobre otros que viven en su compañía y

que se encuentran en una situación de desequilibrio respecto de los dominantes, interpretación que también viene abonada por lo dispuesto en el propio art. 25 del vigente C.P., que establece que, a los efectos de dicho Código se considera incapaz a toda persona, haya sido con o sin declarada su incapacidad, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o sus bienes por sí misma. A través de este concepto de incapaces, interpretado en el sentido de limitación del autonomía personal y necesidad de ayuda asistencial por parte de otros y por la vía de la guarda de hecho, se venían incluyendo con la normativa anterior los ancianos no unidos por vínculos de ascendencia directa como pueden ser tíos-abuelos y otros parientes, como tíos, hermanos mayores de edad, sobrinos etcétera que no estaban incluidas en el anterior art. 153. Dichas personas tienen ahora una cobertura más clara a través de la ampliación de las relaciones familiares o asimiladas efectuada por el nuevo precepto o, en cualquier caso, a través de la cláusula residual de personas amparadas por cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar.

Se incluyen finalmente en la norma, además de las referidas personas amparadas por cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar (fórmula que viene a dar un carácter abierto al precepto, frente al sistema de numerus clausus de las redacciones precedentes), las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, lo cual abarca supuestos antes no incardinables en el término “pupilos” que empleaba el anterior art.153. Sin embargo, solo se contemplan las personas ingresadas en centros privados o públicos, pero no se mencionan expresamente otras que, en igual situación de vulnerabilidad o dependencia, se encuentren, por ejemplo, custodiadas o asistidas en domicilios particulares, caso bastante frecuente de enfermos o ancianos que quedan en casa atendidos por empleados no unidos a ellos por vínculos familiares pero si por fuertes lazos de confianza. En estos supuestos la protección debería lograrse por la vía de la cláusula residual tantas veces mencionada, pero puede originar problemas de interpretación.

No cabe duda de que es positiva la ampliación de la protección a supuestos antes no contemplados por la norma y la inclusión de la tantas veces aludida cláusula residual, pero ello ha supuesto dar una extensión y una mayor complejidad a la redacción del precepto; siendo numerosos los autores que defienden que el empleo de una fórmula única, amplia y flexible, hubiera evitado dudas interpretativas que siempre surgen en supuestos excesivamente enumerativos como el que nos ocupa.

El actual art. 173, como el anterior art. 153 es un delito de peligro abstracto, que no requiere la producción de ningún resultado material y, en concreto, que no exige la producción de ningún tipo de lesión, la cual, de producirse, sería castigada, en concurso de delitos, con el anterior, como establece el propio último inciso del apartado 2 del art. 173, que indica: “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”, previsión análoga a la que contenía el último inciso del párrafo primero del art. 153 antes de la reforma.

El elemento objetivo del delito sigue estando configurado, como en el anterior art. 153, por el ejercicio habitual de violencia física o psíquica.

El ejercicio de violencia física no plantea problemas interpretativos, lo constituirá cualquier acometimiento o acción que pueda atentar contra la vida, la integridad física o la salud e incluso contra la libertad sexual.

Mayor problema puede comportar la interpretación del concepto de violencia psíquica, en relación con la cual viene entendiéndose que puede estar constituida por cualquier acción que pueda comportar un menoscabo de la salud mental de la víctima, sin necesidad de que se actúe directamente sobre el cuerpo de la misma; pudiendo constituirla cualquier vejación, insulto, amenaza, perturbación susceptible de causar temor, desasosiego, sufrimiento, de privar a la persona de la paz, la seguridad y el equilibrio necesarios para su bienestar. El T.S., aunque no ha dado un concepto de violencia psíquica, ha declarado en esa línea que constituyen el tipo aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, Ss.T.S. 11-3-2003 y 24-6-2000, la cual añadió que la violencia física o psíquica a la que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia aisladamente considerados, constituyendo un ataque contra la paz familiar que dibuja un ambiente de temor y dominación sufrido por los miembros de la familia; refiriéndose la S.T.S. 27-6-2003 a una vejación y humillación continuada, metódica y deliberada que tiene como objetivo conseguir una situación de dominio que vulnera la propia personalidad de la víctima.

El concepto de habitualidad introducido ya en la reforma del C.P. de 1989 y reiterado en el Código de 1995 ha venido originando numerosas discusiones doctrinales, razón por la cual, la reforma de 1999 introdujo un segundo párrafo del art. 153, aclarando que para apreciar la habitualidad deberá atenderse al número de actos de violencia acreditados, así como su proximidad temporal, con independencia de que la violencia se haya ejercitado sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en el artículo y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procedimientos anteriores.

En esta materia la nueva redacción del art. 173 no introduce novedades respecto del anterior art. 153 C.P., por lo que habrán de seguirse aplicando las pautas que ha venido sentando la Jurisprudencia al amparo de la redacción anterior.

En cuanto al número de actos necesarios para entender acreditada habitualidad exigida por la norma, la misma no concreta dicho número. La Jurisprudencia ha ido evolucionando en este punto, partiendo de las resoluciones que entendían que operaba la habitualidad cuando se habían producido tres conductas semejantes (criterio que también se estableció en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998), resoluciones que acudían a la habitualidad contemplada en el artículo 94 del Código Penal como la comisión de tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, definición que se contempla con una finalidad distinta, limitada a los efectos de aplicar la suspensión o sustitución de penas. Por el contrario, otras resoluciones, descartando dicha interpretación, entienden que, a la vista de la redacción actual de la norma, resulta que no podrán establecerse criterios fijos, debiendo de atender a las circunstancias del caso concreto. Así ya numerosas resoluciones dictadas incluso antes de la reforma de 1999 apuntaban que la habitualidad requiere no sólo la repetición de un determinado número de actos sino que esta sea expresión de que el sujeto se ha formado hábito, inclinación o tendencia a su realización, lo que se inferirá de las circunstancias concurrentes en cada supuesto; así, entre otras la S.T.S. de 22 de abril de 1993, declaraba que la habitualidad entraña, por la insistente actitud el sujeto, una especie de costumbre incorporada a su actuar, una tendencia o predisposición hacia la realización de determinadas infracciones tan pronto se ofrezca una ocasión u oportunidad propicia al efecto. De modo que dicha predisposición determina que la persona misma del infractor constituya un factor objetivo de riesgo permanente para la salud y la integridad de las personas sujetas a él en el grupo de convivencia.

Desde la reforma de 1999, ha ido aumentando el número de las sentencias que apuntan que, prescindiendo del automatismo numérico, lo relevante es constatar si la conducta atribuida al acusado atenta contra la paz familiar y que se demuestre en agresiones que dibujen ese ambiente de dominación y temor sufridos por los miembros de la familia, abstracción hecha de que las agresiones hayan sido o no denunciadas o enjuiciadas y que permita la obtención del juicio de certeza sobre la nota de habitualidad (S.T.S. 24-6-2000); en parecida línea S.T.S. 7-7-2000 y 16-5-2002, que apunta que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente, ya que en esta permanencia radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de cada acción individual. Por su parte la S.T.S. 7-9-2000 se refiere a la reiteración de actos de violencia física o psíquica que vienen a crear por su repetición una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato que permite afirmar la habitualidad que requiere este precepto. Siguen existiendo resoluciones recientes que, sin embargo, insisten en que la habitualidad surge a partir de tres hechos o acontecimientos de tal clase, que denotan el comportamiento intolerable del agresor, en un marco de violencia doméstica, con clara afectación del bien jurídico protegido, S.T.S. 18-4-2002. Igualmente alude al concepto de habitualidad del art. 94 C.P. la S.T.S. 9-7-2001.

Desde otro punto de vista, es de señalar que a la hora de valorar el requisito de la habitualidad nada impide que se tengan en consideración conductas que aisladamente consideradas hubieran constituido falta cuando dichas faltas hubieran prescrito, materia en la que la Circular de la Fiscalía 1/1998 apunta que la prescripción comienza a contarse desde el último de los episodios violentos, criterio reiterado por el T.S. entre otras en Sentencia de 11-3-2003, que señala que la prescripción de alguna de las agresiones no obsta a la misma pueda ser considerada en el contexto de un ámbito temporal de proximidad para configurar la habitualidad, la cual surge a partir de tres hechos o acontecimientos de tal clase que denotan el comportamiento intolerable del agresor en un marco de violencia doméstica con clara afectación del bien jurídico protegido, en igual línea S.T.S. 16-4-2002, que indica que el periodo de prescripción de este delito empieza a contar desde el último de los episodios considerados. Avanzando en esta línea el nuevo art. 132.1 C.P. reformado por L.O. 15/2003 de 25 de noviembre dispone que en las infracciones que exijan habitualidad los términos de prescripción se computarán desde que cesó la conducta. (El plazo de prescripción que para este delito establece el nuevo art. 131.1 reformado por L.O. 15/2003 es de cinco años, dado que se contempla para el mismo junto la de prisión la de inhabilitación por un máximo de cinco años).

Por otro lado, dada la sustantividad del tipo penal, independiente de los concretos actos de violencia física o psíquica, valorados exclusivamente para acreditar la actitud del agresor, el hecho de que alguna o algunas de las conductas ya hubieren sido sentenciadas no impide que puedan ser atendidas para valorar la habitualidad, S.T.S.24-6-2000, igualmente S.T.S. 22-1-2002 y 18-6-2003, la cual añade que naturalmente quedan excluidos los hechos por los que haya recaído sentencia firme absoluta, por respeto a los principios de presunción de inocencia y de cosa juzgada.

En cualquier caso, es evidente que la necesaria acreditación del requisito de la habitualidad hace especialmente importante la actividad probatoria, dado que, aunque no se exige que las conductas anteriores hayan sido enjuiciadas, sí se requiere su debida acreditación, probanza para la cual pueden cobrar gran trascendencia los informes de los equipos psicológicos y técnicos y las periciales llevadas al proceso.

Desde otro punto de vista, ha de puntualizarse que, dada la exigencia de habitualidad, resulta impensable que se pueda aplicar como causa de justificación en este delito un pretendido ejercicio del derecho de corrección otorgado a padres y

tutores por el Ordenamiento Civil, el cual, a mayor abundamiento, únicamente se contempla como posibilidad de reprimir moderada y razonablemente a los sujetos a patria potestad o tutela (lo cual dista mucho del tipo de conductas sancionadas en el ilícito que nos ocupa).

No resultan unánimes las opiniones sobre si sería susceptible este delito de comisión por omisión. Hay autores que defienden tal posibilidad, aludiendo a la omisión voluntaria de los cuidados mínimos que para la subsistencia requieren menores, o personas impedidas. Entiendo que ello supondría forzar el tipo, olvidando que nos hallamos ante un delito de peligro no de resultado. De manera que aunque los posibles resultados de muerte, lesiones, etc. sí pueden cometerse por omisión, el delito del art. 173 solo es susceptible de comisión activa, lo cual vendría abonado por el propio tenor literal de la norma que castiga al que “ejerza”.

El delito no admite las formas imperfectas de ejecución, ya que por su especial configuración solo admitirá la consumación.

En cuanto al requisito de la culpabilidad, se trata de un ilícito doloso no es susceptible de comisión por imprudencia. Sin embargo, puede cometerse con dolo directo o incluso eventual, cuando el sujeto no busca de propósito el resultado pero se lo representa como posible y a pesar de ello no desiste de la acción proyectada.

Parece obvio que no cabe aplicar la agravante de parentesco a este ilícito, por cuanto la relación familiar o asimilada es requisito esencial para el perfeccionamiento del delito. Ahora bien, si junto con el delito del art. 173 se castiga en concurso delictivo el concreto resultado producido como delito de homicidio, lesiones, etc. a ese delito de resultado sí cabe, en mi opinión, aplicarle como agravante la circunstancia mixta del art. 23 C.P.

El actual art. 173 del C.P. prevé una pena privativa de libertad comprendida entre seis meses y tres años de prisión, pena coincidente con la anteriormente contemplada en el art. 153. Sin embargo, como novedad se contempla adicionalmente la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años. Igualmente se prevé que 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 artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

Ello evidencia un endurecimiento progresivo de las penas desde la inicialmente establecida en el primer precedente de la norma introducido en el art. 425 del C.P. por la reforma de 1989, lo cual responde a la preocupación social y jurídica que la multiplicación de actuaciones violentas en el seno familiar viene originando, endurecimiento que, de otro lado, resulta acertado, ya que no faltan las ocasiones en las que la apreciación que circunstancias atenuantes con motivo de la embriaguez, drogadicción u otras análogas, comporta que la pena en concreto resulte notoriamente reducida, a lo cual se sumaría la sensación de impunidad que para las víctimas puede suponer el acceso generalizado por la corta duración de las penas a los beneficios de la suspensión condicional de la pena o su sustitución, lo cual, en parte se verá paliado por la agravación específica introducida por la L.O.11/2003, que exigirá la imposición en la mitad superior en los supuestos antes mencionados, que son en la práctica bastante frecuentes.

En la actualidad, junto con la pena privativa libertad podrán imponerse las accesorias generales que contempla el art. 56 del C.P., suspensión de empleo o cargo público e inhabilitación especial para derecho de sufragio pasivo durante tiempo de la condena e igualmente las contempladas en el art. 57 C.P., el cual fue objeto de ampliación por la reforma operada en la citada L.O. 14/1999 de 9 de junio, que establece que los Jueces o Tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias, dentro del período de tiempo que los mismos señalen que, en ningún caso, excederá de cinco años, la imposición de una o varias de las siguientes prohibiciones: la de aproximación a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal; la de que se comunique con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal y la de volver al lugar en que se haya cometido el delito o de acudir a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

El alcance de dichas prohibiciones viene establecido en el art. 48 C.P.

Tanto dicho art. 48 como el 57 han sido objeto de modificación por la L.O. 15/2003, a la que luego me referiré.

EL ART. 153 C.P. INTRODUCIDO POR La L.O. 11/2003

Además de modificar en los términos expuestos en el art. 173 C.P. en el que queda regulado el delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar, introduce la L.O. 11/2003 una modificación altamente novedosa, cual es que conductas aisladas, que con anterioridad hubieran sido constitutivas de faltas de lesiones del art. 617.1, de malos tratos del art. 617.2 o de amenazas del art. 620.1 C.P., pasan ahora a ser constitutivas de delito cuando son cometidas contra alguno de los sujetos mencionados en el art. 173. Esas mismas conductas continúan reputándose falta cuando no se da la relación familiar o asimilada referenciada, es decir, cuando no se cometen en el ámbito doméstico. Por ello, la modificación no ha estado exenta de críticas en cuanto unas mismas acciones serán constitutivas de meras faltas o de delito según la relación subjetiva existente entre ofendido y ofensor; siendo la diferencia penológica sustancial; pasando de arresto de fines de semana o multa a la de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días, a las que se añadirá, en todo caso, la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años y a la que podrá añadirse, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años. Por otro lado, dichas penas serán impuestas en la mitad superior cuando el hecho se cometa en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza, supuestos que, como también se ha dicho, al hablar del art. 173, son muy frecuentes.

Uno de los motivos a los que podría responder la modificación del art. 153 C.P. y la elevación a la categoría de delito de lo que hasta la reforma constituían meras faltas, es que la agravación penológica que los anteriores arts. 617.2 y 620 C.P. en la redacción dada a los mismos por la L.O.14/1999 para los supuestos en que estas fueran cometidas contra alguna de las personas contempladas en el anterior art. 153 C.P se había demostrado claramente insuficiente para dar una respuesta penal adecuada a ese tipo de actuaciones.

Por otro lado, antes de las últimas reformas, el art. 544 bis L.E.Cr. en la redacción dada al mismo por la L.O.14/1999 únicamente permitía acordar las medidas cautelares para el supuesto de que se persiguieran los delitos previstos en el anterior art. 57 C.P. pero no para las faltas.

De manera que, aunque el último párrafo del art. 57 C.P. permitía imponer las prohibiciones contempladas en sus apartados anteriores por un período de tiempo que no podía exceder de seis meses por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los arts. 617 y 620 de este Código, ello solo podía acordarse en la sentencia condenatoria, no con carácter cautelar, sin que la insuficiente protección que ello originaba para las víctimas tampoco quedara paliada por la entrada en vigor de la Ley 38/2002 de 24 de octubre, que permitió acceder a este tipo de infracciones cometidas contra las personas del art. 153 C.P. al cauce de los juicios de faltas de celebración inmediata inmediatos (962 L.E.Cr.) y que para el caso de que no fuera posible la celebración inmediata fijó en el art. 965.2 L.E.Cr. un plazo de celebración no superior a dos días cuando se trate de las faltas tipificadas en los arts. 617 ó 620 del Código Penal, siempre que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 153 del mismo Código), pues, aunque el juicio se celebrare de forma inmediata la sentencia es susceptible de recurso de apelación, sin que mientras tanto el perjudicado contase con efectiva protección, todo sin olvidar que, lamentablemente, la práctica demuestra que en muchas ocasiones la sobrecarga de los órganos Judiciales y la insuficiente dotación de medios no ha permitido un estricto cumplimiento de los plazos establecidos en la citada reforma procesal.

Es cierto que, a partir de otra reforma operada por Ley 27/2003 de 31 julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, se introdujo la posibilidad de que el Juez de Instrucción dicte orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el art. 153 del Código Penal resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en dicho artículo, normativa a la que también se hará posterior mención.

Sin embargo, el número efectivo de órdenes de protección dictadas en los primeros meses de vigencia de la Ley que las introdujo fue reducido en hechos perseguidos como falta, de manera que tampoco esta medida se evidenció suficiente para dar una respuesta judicial adecuada.

Después de la reforma operada por L.O. 11/2003, al constituir delito las conductas que antes eran meras faltas de lesiones, malos tratos y amenazas leves con armas, la posibilidad de acceso inmediato a las medidas cautelares resulta obvia.

Coherentemente la L.O. 11/2003 deroga el último párrafo del apartado 2 del artículo 617, en el que se establecía un subtipo agravado para la falta de lesiones cuando esta fuera cometida contra alguna de las personas prevenidas en el art. 153. Ello es lógico, por cuanto esta falta pasa a constituir delito cuando se comete contra alguno de los sujetos actualmente mencionados en el art. 173.

Tras la citada reforma únicamente continúan constituyendo falta en el ámbito doméstico las conductas del art. 620.2, a saber, las amenazas sin empleo de armas, las coacciones, las injurias y las vejaciones injustas de carácter leve, para las que cuando el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153, la pena será la de arresto de dos a cuatro fines de semana o la de multa de diez a veinte días, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar, sin que en estos casos no sea exigible la denuncia de la persona ofendida, excepto para la persecución de las injurias.

Después de la reforma operada por L.O. 15/2003 dicha falta del art. 620.2 será castigada con la pena de multa de 10 a 20 días cuando los ofendidos no sean ninguna de las personas previstas en el art. 173.2 C.P. y en los supuestos de que el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere dicho precepto, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días; continuando sin ser exigible la denuncia del ofendido, excepto para la persecución de las injurias.

Respecto de estas únicas conductas que quedan como constitutivas de falta podrá acudir a la vía del anteriormente citado art. 544 ter. para lograr medidas cautelares mediante la Orden de Protección.

Es de señalar, de otro lado, que el quebramiento de una pena de las contempladas en el art. 48 del C.P. o de una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza en el caso de violencia doméstica ya no se sancionará como un delito autónomo del art. 468 C.P., dado que tanto el art. 173 como el 153 prevén dicha circunstancia como uno de los supuestos de agravación de las penas que los mismos contemplan, en base a lo cual, estas se impondrán en su mitad superior.

Ello no obstante, si quien quebranta la pena o la medida no realiza simultáneamente una conducta típica incardinable en los arts. 153 o 173 C.P., sí se le sancionará solo por el quebrantamiento al amparo del art. 468 C.P., cuya sanción ha sido también elevada en la reforma operada por la L.O.15/2003.

MODIFICACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL POR L.O. 13/2003

Otra de las recientes reformas que incide en el tema de la violencia doméstica es la modificación de prisión provisional operada por L.O.13/2003 de 24 de octubre, la cual vino a incorporar a la normativa vigente los criterios sentados por la doctrina del T.C. relativa a los presupuestos exigibles para la adopción de la prisión, la cual parte de la premisa de que la misma es una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del Fallo, que parten del imputado, a saber, su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva, S.T.C. 28-1-2002, 2-4-2001, doctrina que también venía considerando el posible riesgo que para la víctima pudiera originar la puesta en libertad del presunto autor del delito. En esa línea el nuevo art. 503 L.E.Cr., junto con los tradicionales requisitos para decretar la prisión, a saber, que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito (para los que exige en la actualidad que estén sancionados con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso) y que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión, la L.O. 13/2003 introdujo en el apartado 3º del art. 503 que mediante la prisión provisional se ha de perseguir alguno de los siguientes fines: a) Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga; b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto; c) 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 153 del Código Penal. En estos casos, no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1º de este apartado.

Seguidamente el párrafo 2 del art.503 dispone que también podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1º y 2º del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos.

De ello se infiere que uno de los fines legítimos que permiten acordar la prisión es la protección de la víctima y que el legislador ha puesto un especial interés en la evitación de estos peligros para las víctimas de violencia doméstica, no solo por la específica referencia a las personas a que se refiere el art. 153 C.P., sino atendido que en este supuesto no resulta exigible que la pena aparejada para el ilícito alcance el límite exigido con carácter general en el apartado primero.

Otra medida indirecta de protección a la víctima es la establecida en el apartado 3 del artículo 506, que establece que los autos relativos a la situación personal del imputado se pondrán en conocimiento de los directamente ofendidos y perjudicados por el delito cuya seguridad pudiera verse afectada por la resolución.

Ya en ese sentido la modificación operada por L.O.14/1999 incluyó un último párrafo en el art. 109 de la L.E.Cr., en el que se estableció que cuando se siga proceso por alguno de los graves delitos del art. 57, el Juez asegure la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad, de modo que aunque el ofendido no se encuentre personado las actuaciones deberá tener puntual conocimiento del estado del proceso, no sólo a efectos de mera información sino de prevención frente a posibles conductas del agresor.

Esa previsión general se concreta en el art. 506 modificado por L.O.13/2003 que, como se ha dicho, introduce de modo expreso esa exigencia respecto a los autos que modifiquen la situación personal del imputado.

En igual línea se añade un nuevo párrafo al artículo 544 bis, para el supuesto de incumplimiento por parte del inculpado de las medidas acordadas por el Juez o Tribunal a que se refiere dicho precepto, en virtud del cual, en tal caso se convocará la comparecencia regulada en el artículo 505 de esta Ley para la adopción de la prisión provisional en los términos del artículo 503 o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar.

Los artículos relativos a la prisión han vuelto a ser retocados por la L.O.15/2003.

Se corrige en la redacción de la L.O. 15/2003 la remisión del art. 503.3 apartado c) al art. 153 C.P. y se efectúa la más correcta remisión al art. 173 C.P. que es el que enumera en la actualidad las personas frente a las que se pueden cometer estos ilícitos.

Igualmente se salva la omisión de esta apartado c) relativo a la evitación de riesgo para la víctima en los límites de la prisión que establecía el art. 504, en el que solo se aludía a los apartados a) y b) y al párrafo 2 correspondiente a la reiteración delictiva; equiparando los plazos del apartado c) a los del apartado a).

Por otro lado se añade en el último párrafo del art. 544 bis que en la comparecencia para la posible adopción de la prisión a la que el mismo se refiere podrá acordarse la Orden de Protección a la víctima prevista en el artículo 544 ter o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar.

La L.O. 13/2003, introdujo también en los arts. 325 y 731 bis L.E.Cr. la posibilidad de práctica de pruebas por el sistema de videoconferencia, entre otros, por motivos de seguridad y cuando la comparecencia resulte particularmente gravosa o perjudicial para quien deba comparecer, lo cual es aplicable a las víctimas de este tipo de delitos.

Con esa misma finalidad ya la L.O. 14/1999 había introdujo modificaciones procesales tendentes a evitar las consecuencias desagradables que para los testigos menores de edad que puede originar la confrontación visual entre aquellos y el acusado, atendiendo a la naturaleza del delito y a las circunstancias del testigo, lo cual podrá acordarse en resolución motivada y previo informe pericial, permitiendo el empleo de medios audiovisuales (art. 448 último párrafo para el sumario y 707 para el plenario) y apuntando que los careos, cuando los testigos sean menores edad, tendrán un carácter excepcional, permitiéndolos únicamente cuando Juez los considere imprescindibles y no lesivos para el interés de dichos menores, previo informe pericial (art. 455 para el sumario y 733 para el plenario).

Con estas medidas se vino a paliar el problema que origina para los testigos menores la necesidad de declarar en el plenario y a presencia del acusado, por las lógicas razones de miedo a represalias y por la propia violencia que la situación provoca, lo cual hasta entonces se venía intentando remediar mediante utilización de biombos o algún otro dispositivo que impidiera la visión directa del testigo y del acusado durante la declaración. Ahora la posibilidad de empleo de videoconferencia no queda limitada a los testigos menores de edad.

OTRAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA L.O.15/2003

Como se ha indicado, la L.O. 15/2003 modifica los arts. 48 y 57 C.P. Como novedad el nuevo art. 48 C.P. incluye que la prohibición de aproximación a la víctima comportará la suspensión, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.

Por otro lado, se añade un nuevo párrafo 4 al precepto que contempla la posibilidad de control del cumplimiento de estas penas por medios electrónicos.

El art. 57 ha sido igualmente modificado por la citada Ley 15/2003; aumentando la duración de las prohibiciones señaladas en el art. 48; estableciendo como novedad más importante la imposición preceptiva de las citadas prohibiciones en los delitos cometidos contra las personas citadas en el art. 173.2 C.P.

Ello comporta que en los delitos que nos ocupan de violencia doméstica la imposición de las penas establecidas en el art. 48.2 deja de ser potestativa para el Tribunal para convertirse en obligatoria, como se deduce de la expresión empleada: **“en todo caso”**.

Dentro de este amplio marco legislativo tendente a lograr una mayor protección de las víctimas de la violencia doméstica la L.O. 15/2003 introduce otras modificaciones en materia de suspensión condicional de las penas, y sustitución de penas y prescripción.

En relación con la suspensión condicional de la pena dispone el art. 83 C.P. redactado por L.O.15/2003 que si se tratase de los delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2 de este Código, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª de este apartado, a saber, prohibición de acudir a determinados lugares y prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos. Es decir, que tales prohibiciones pasan de ser potestativas a exigibles “en todo caso” en estos ilícitos. Por otro lado, el nuevo apartado del artículo 84, previene que en los mismos el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes señalados en los números 1 y 2 del apartado primero del artículo 83 de este Código determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena, revocación automática no potestativa.

En cuanto a la sustitución de penas, el art. 88.1 del C.P. reformado por L.O 15/2003 previene que en el caso de que el reo hubiera sido condenado por el delito tipificado en el artículo 173.2 de este Código, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad. Ello comporta que no cabe en los casos del art. 173 la sustitución por pena de multa; añadiendo dicho precepto que 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 los números 1 y 2 del apartado primero del artículo 83 de este Código..

Junto con estas reformas recientes introducidas en la materia, ha de seguirse atendiendo a la posibilidad de utilizar las medidas de la Ley Orgánica 19/1994 de 23 de Diciembre de Protección de Testigos y Peritos en causas criminales, que abarca las tendentes a preservar la identidad de los testigos y peritos, evitando que consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave, permitiendo que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal, la posibilidad de que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario, la obligación que incumbe a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al Ministerio Fiscal y a la Autoridad Judicial de evitar que a los testigos o peritos se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose proceder a retirar el material fotográfico, cinematográfico, videográfico o de cualquier otro tipo a quien contraviniera esta prohibición. Se contempla también que los testigos y peritos podrán solicitar ser conducidos a las dependencias judiciales, al lugar donde hubiere de practicarse alguna diligencia o a su domicilio en vehículos oficiales y que durante el tiempo que permanezcan en dichas dependencias se les facilitará un local reservado para su exclusivo uso, convenientemente custodiado. En caso de peligro grave, se podrá otorgar protección policial a los testigos y peritos, durante todo el proceso e incluso después si el riesgo persiste una vez concluido el mismo y, en casos excepcionales, se prevé incluso la posibilidad de facilitarles documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo. Todas esas medidas podrán ser adoptadas por el Juez de Instrucción y, una vez recibidas las actuaciones por el órgano judicial competente para el enjuiciamiento de los hechos, este se pronunciará motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir las acordadas por el Juez de Instrucción, así como, si procede, sobre la adopción de otras nuevas, previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso penal de que se trate.

Por otro lado la L.O. 15/2003 modifica los apartados 1 y 2 del artículo 776, estableciendo que el secretario judicial informará al ofendido y al perjudicado de sus derechos, en los términos previstos en los artículos 109 y 110, cuando previamente no lo hubiera hecho la Policía Judicial y que en particular, se instruirá de las medidas de asistencia a las víctimas que prevé la legislación vigente y de los derechos mencionados en la regla 1ª del artículo 771, aunque añadiendo en su apartado 2 que la imposibilidad de practicar esta información por la Policía Judicial o por el secretario judicial en comparecencia no impedirá la continuación del procedimiento, sin perjuicio de que se proceda a realizarla por el medio más rápido posible.

Ya en ese sentido la modificación operada por L.O.14/1999 incluyó un último párrafo en el art. 109 de la L.E.Cr., en el que se estableció que cuando se siga proceso por alguno de los graves delitos del art. 57, el Juez asegure la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad, de modo que aunque el ofendido no se encuentre personado las actuaciones deberá tener puntual conocimiento del estado del proceso, no sólo a efectos de mera información sino de prevención frente a posibles conductas del agresor.

R.D. 355/2004 DE 5 DE MARZO, POR EL QUE SE REGULA EL REGISTRO CENTRAL PARA LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA.

La finalidad del Registro es facilitar a los Órganos judiciales del Orden Penal, al M.F., a la Policía Judicial y a los Órganos judiciales del Orden civil que conozcan los procedimientos de familia la información precisa para la tramitación de las causas penales y civiles y para la adopción, modificación, ejecución y seguimiento de las órdenes de protección de las víctimas.

Al Registro accederán tanto las penas y medidas de seguridad impuestas en sentencia en los procedimientos penales seguidos por delito o falta como las medidas cautelares y órdenes de protección acordadas en los procesos penales en tramitación.

Es a los Secretarios judiciales a los que compete remitir al Registro los modelos telemáticos en los que conste la información que ha de inscribirse en el mismo, comunicación que ha de hacerse en el plazo de 24 horas desde que se dictó la firmeza de la sentencia o desde la fecha en que se dicte la resolución en la que se acuerde la medida cautelar o la orden de protección. Los Secretarios en el mismo momento en que remitan al registro el citado modelo telemático enviarán copia del mismo a la Policía Judicial.

El R.D. establece los datos concretos de identificación del Órgano judicial, número de procedimiento, fecha de la resolución, datos del condenado o imputado, de la víctima, delito o falta cometido, pena o medida de seguridad o medida cautelar impuestas, sustitución de la privativa de libertad, suspensión de la misma, etc., que han de incluirse, los cuales variarán en el supuesto de que se inscriban condenas firmes y en el que se inscriban medidas cautelares.

El Registro podrá ser consultado por los órganos de la jurisdicción penal y civil anteriormente mencionados, por el M.F. y por la Policía judicial. El acceso por vía telemática lo efectuarán los Secretarios judiciales de los respectivos órganos, los Fiscales y los funcionarios de la Policía judicial que se determinen, debiendo quedar constancia de las personas que han efectuado la consulta, de los datos consultados y del motivo de la consulta.

El R.D. acompaña unos modelos para las inscripciones que se utilizarán hasta que entre en vigor el Protocolo General de Seguridad Informática de los Registros de la Administración de Justicia que habrá de aprobarse en el plazo de tres meses. La comunicación a la Policía Judicial se hará hasta entonces mediante copia de los citados modelos que se publican como anexo.

La cancelación de los datos inscritos se efectuará en los casos y de la forma establecida en los arts. 9 y 10 del Decreto, que aparece en el B.O.E. de 25 de marzo de 2004.

Lo hasta ahora expuesto evidencia que el conjunto normativo que afecta a la materia que nos ocupa es plural y ha estado y continúa sometido en los últimos tiempos a numerosos cambios, entre los que destacan la reciente aprobación de Medidas Urgentes por parte del Gobierno relativas a violencia doméstica y las múltiples actuaciones del C.G.P.J. para lograr dar una más rápida y eficaz respuesta a las víctimas.. Nos encontramos, por otro lado, ante la perspectiva inminente, anunciada por el Gobierno, de acometer de modo inmediato otra reforma integral de esta materia, que aglutine todos los recursos tendentes a lograr una mejor y más eficaz protección de las víctimas de la violencia doméstica y que contribuya a aminorar este tipo de conductas que generan grave alarma social, para lo que seguirá siendo necesaria la colaboración de todos los estamentos competentes y de la propia ciudadanía.

