

LA ANÁLOGA RELACIÓN DE AFECTIVIDAD AL MATRIMONIO A EFECTOS PROCESALES PENALES

(Comentario a la STS de 23 de noviembre de 2015)¹

Ángel Muñoz Marín

Fiscal. Fiscalía General del Estado

EXTRACTO

Se excluye que entre el acusado y su víctima existiera, ni antes ni al tiempo de los hechos, la relación que exige el tipo penal del artículo 153 del Código Penal de «análoga relación de afectividad», con base en que la relación, ya cesada, entre los sujetos debería haber generado algún elemento inequívoco que hubiera indicado la existencia de esa análoga relación de afectividad que exige el tipo delictivo y no solamente por la brevedad de su duración, sino porque aquella se desenvolvía, dice expresa y tajantemente la sentencia, con continuas interrupciones y reconciliaciones, en la que no medió la convivencia, ni existió un compromiso o proyecto en común, llevando cada uno de los miembros de la pareja una vida independiente. Afirma el Tribunal Supremo que la catalogación de la relación existente entre agresor y agredida como de noviazgo no constituye la descripción de un dato fáctico, sino una valoración de unos datos empíricos. El supuesto de aplicación de una norma penal puede venir constituido por enunciados fácticos susceptibles de ser considerados como verdaderos o falsos. Votos particulares.

Palabras claves: agresión sexual, lesiones y análoga relación de afectividad.

Fecha de entrada: 16-04-2016 / Fecha de aceptación: 28-04-2016

¹ Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (Selección de jurisprudencia de Derecho penal del 1 al 15 de abril de 2016).

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial condena al acusado Ernesto como autor penalmente responsable de un delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de seis años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como prohibición de aproximación a menos de 200 metros de la víctima, de su domicilio, de su lugar de trabajo o de estudio, y de cualquier otro espacio que pudiera frecuentar, y prohibición de comunicación con ella por cualquier medio, todo ello en un plazo de 8 años. También le condena como autor de un delito de lesiones en el ámbito de la violencia de género –art. 153 CP–, con la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de 10 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de 2 años y 6 meses, así como prohibición de aproximación a menos de 200 metros de la víctima, de su domicilio, de su lugar de trabajo o de estudio, y de cualquier otro espacio que pudiera frecuentar, y prohibición de comunicación con ella por cualquier medio, todo ello por un plazo de 2 años y 6 meses.

El primero de los motivos del recurso se residencia en sede del artículo 849.1 de la LECr., al entender indebidamente aplicados los artículos 153, 178 y 179 del Código Penal. Llama ya la atención inicialmente el hecho de que aun cuando el recurso se encuentra en este motivo huérfano de cualquier argumentación, el Tribunal Supremo en aras del derecho de defensa (para alguien que ha sido condenado a una pena de prisión de más de seis años) procede a analizar el motivo. ¿Supone esta afirmación que si la pena no hubiera sido de tanta entidad hubiera la sala obrado con la misma magnanimidad? Tal vez la expresión utilizada no haya sido demasiado certera, pero el derecho a la defensa ubicado dentro del derecho a la tutela judicial efectiva –art. 24 CE– hay que enfocarlo con independencia de la pena impuesta o que pueda ser impuesta. Cabría argüir que el Tribunal Supremo no viene sino a aplicar el denominado principio *pro actione*, sin embargo, no olvidemos que el Tribunal Constitucional –STC n.º 90/2013, de 22 de abril– con apoyo de la doctrina sentada por la STC 37/1995, de 7 de febrero, indica que no es exactamente igual el

derecho de acceso a la jurisdicción del derecho al acceso al recurso (respecto de este último es menos intenso el control constitucional), aunque, si bien, con la salvedad de la jurisdicción penal.

También resulta interesante una segunda cuestión que la propia sala se autoplantea y resuelve: aunque no exista una exposición razonada de los motivos por los que la parte recurrente cuestiona la sentencia, no cabría alegar una posible protesta del resto de las partes, en el sentido de que se les impide contraargumentar. Y ello porque el Tribunal Supremo entiende que con la simple exposición del motivo de casación los términos del debate se encontrarían «suficientemente configurados». Ello supone, aplicado al caso que nos ocupa, que las acusaciones, en este caso, deben prever o adivinar cuál serían, no ya solo los argumentos que quiere esgrimir la defensa, sino incluso los que el propio Tribunal Supremo pudiera entrar a valorar. O tal vez se está refiriendo, con la afirmación realizada, a que hay que acudir a los términos en que se planteó la cuestión en la instancia y a los razonamientos recogidos en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

De los dos delitos por los que resultó condenado el recurrente, presenta interés el relativo a la existencia o no del delito de lesiones del artículo 153 del CP, hasta el punto de que la sentencia cuenta con dos votos particulares.

Inicialmente, la sentencia realiza un breve pero profundo análisis de la estructura del tipo de lesiones tipificado en el artículo 153 del CP. De dicho estudio resultan de interés las consideraciones que hacen referencia al sujeto pasivo del delito, en concreto a qué cualidades deben recaer en la mujer (dejamos al margen lo relativo a la persona vulnerable) y que son las siguientes: ser esposa o haber sido esposa, estar o haber estado ligada al autor por una relación análoga de afectividad a la que vincula a marido y mujer. Por ello, el Tribunal Supremo entiende que la llave para dilucidar si existe el tipo penal (no olvidemos que existe un respeto total a los hechos probados en los que se describen unas lesiones, que de no reunir dicho requisito, serían constitutivos de una falta del art. 617 CP, vigente al momento de comisión de los hechos) es determinar si ha existido esa «análoga relación de afectividad».

Sobre la base de una referencia histórica a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sobre la no vulneración del principio de igualdad que supone castigar o no un hecho como delito en función de que el sujeto activo pertenezca a uno u otro sexo, el Tribunal Supremo lo que sí exige es que el elemento que sustenta la metamorfosis de una conducta constitutiva de una falta (hoy delito leve) en una que es constitutiva de un delito debe estudiarse con especial consideración y prudencia. En definitiva, lo que plantea la sala es, en el caso sometido a estudio, que la relación que existe o existió entre sujeto activo y sujeto pasivo fuera de análoga relación de afectividad a la de los cónyuges (obviamente no se encontraban casados). Es en este punto donde la sentencia incide en una cuestión que, aunque en principio pueda pasar un tanto desapercibida, sí tiene importancia. Parte del razonamiento de que determinar cuándo existe una relación conyugal no plantea problema alguno, ya que la misma se encuentra regulada en el Código Civil. A mayor abundamiento, en el artículo 68 del CC se establecen las obligaciones recíprocas, por el contrario, sí exige el Código Penal para equiparar una relación en la que los sujetos

no sean cónyuges. Por tanto, la búsqueda de qué o cómo considerar una relación embebida de «afectividad» resulta clave para solucionar la cuestión. Afectividad que por ser un sentimiento, se encuentra dentro de la esfera interna de una persona y que para cuya apreciación hay que acudir a «juicios de inferencia».

Antes de entrar al análisis de esta controversia, que es el nudo gordiano de la sentencia, hay que hacer un breve paréntesis para no soslayar una importante aseveración de índole procesal que realiza el Alto Tribunal. Sabido es que en ocasiones el Tribunal Supremo ha estimado que determinados datos fácticos que no aparecen claros en el relato de hechos probados pueden ser completados o colmados con las afirmaciones fácticas que se ubican en la fundamentación jurídica; ahora bien, en este caso, se afirma que tal complemento solo cabe realizarlo en tanto sea favorable al reo y no en su contra, a fin de «suplir las deficiencias narrativas del apartado de hechos probados». La conclusión que hay que extraer es que ese complemento del material histórico solo podrá realizarse en cuanto favorezca al acusado, nunca en su contra.

El núcleo del recurso hay que focalizarlo en sí, sobre la base de los hechos probados y del complemento que de los mismos se pueda obtener de la fundamentación jurídica, la relación entre ambos sujetos cabe entenderla como de «noviazgo». Claro, que este planteamiento hace nacer un obstáculo procesal, puesto que si partimos de que se está abordando el motivo del recurso bajo el paraguas del artículo 849.1 de la LECr., el respeto a los hechos probados tiene que ser absoluto e incondicional, y en ellos se dice taxativamente «con la que había mantenido un relación de noviazgo». El Tribunal Supremo esquivo este óbice procesal afirmando que decir que una relación es de noviazgo no se limita, como debiera de haberlo sido, a recoger unos hechos históricos como indubitados, sino que lo que realmente supone es valorar unos datos fácticos y obtener de los mismos una conclusión que va a incidir en la calificación jurídica de los hechos, esto es, si existe o no el tipo penal. Los datos fácticos (la sala los denomina como «enunciados empíricos», sean externos o psicológicos) solo pueden atacarse por la vía del artículo 849.2 de la LECr., o por la vía del artículo 852 de la LECr.; mientras que los juicios de valor o juicios normativos sí pueden ser acometidos por la vía del artículo 849.1 de la LECr.

Para la sala, lo que se debería de haber recogido en el relato de hechos probados eran aquellos datos que hubieran indicado, o de los que se hubiera deducido, posteriormente, en la fundamentación que se estaba en una relación de noviazgo, tales como «afectividad», «estabilidad», «relaciones sexuales», etc.

El problema o cuestión que se deduce es que la Audiencia Provincial parece llegar a conclusiones contradictorias respecto a la relación existente entre los sujetos activo y pasivo, cuando aplica el artículo 153 del CP y cuando desestima la aplicación de la agravante mixta de parentesco –art. 23 CP–, se supone que respecto del delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179 del CP. El artículo 23 del CP exige para su aplicación «ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligado por análoga relación de afectividad»; por su parte el artículo 153 del CP reza: «... cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia...». Como

se observa, el único matiz diferencial de índole gramatical se encuentra en la existencia o no de convivencia. Conviene, llegados a este punto, destacar que la doctrina del Tribunal Supremo aprecia, como requisitos para la apreciación de la agravante, un dato objetivo cual es la relación matrimonial o asimilada, ya sea actual o pretérita, y que el delito cometido tenga relación directa o indirecta o se lleva a cabo en el marco de esas relaciones descritas y no en supuestos que nada tengan que ver con cuestiones relacionadas con la convivencia o sus intereses periféricos –STS de 31 de octubre de 2012–.

Pues bien, señala el Tribunal Supremo que la Audiencia Provincial realiza las siguientes afirmaciones en sede de fundamentación jurídica: «habían mantenido una relación sentimental en el periodo que fue desde finales de septiembre al enero siguiente» o «habían mantenido una relación de afectividad análoga a la conyugal». Sin embargo, cuando el tribunal *a quo* entra a valorar la existencia o no de la agravante de parentesco, concluye que no existe análoga relación de afectividad con base en los siguientes datos: brevedad de la relación, continuas interrupciones y reconciliaciones, no medió convivencia y, finalmente, no existió un compromiso o proyecto de vida en común. A ello se añade el hecho de que la Audiencia Provincial explicita que el único objetivo de la presencia del condenado en el domicilio de la víctima era el mantener relaciones sexuales.

De todo ello el Tribunal Supremo obtiene dos conclusiones: por una parte dice que esa contradicción existente en las consideraciones que efectúa la audiencia sobre la existencia o no de afectividad (sí para la aplicación del art. 153 CP y no para apreciar la agravante del art. 23 CP) obligan a adoptar la más favorable para el reo. Este argumento en sí, parece no tener mucha consistencia en cuanto que si la realidad del material probatorio demostrara la existencia de la relación análoga de afectividad, habría que considerarla como existente. Sin embargo, en realidad, el Alto Tribunal lo que acepta o comparte es la conclusión de que no existía ni existió en momento alguno esa análoga relación de afectividad, y por ello procede a dictar una sentencia absolutoria por el delito del artículo 153 del CP y condenar por una falta del artículo 617 del CP.

El voto particular de la sentencia discrepa de que no existiera una relación análoga de afectividad entre sujeto activo y sujeto pasivo, ello sobre la realidad de que la relación –de unos seis meses– no podía considerarse como esporádica, a lo que añade que la circunstancia de que existieran disputas, rupturas o reconciliaciones tiene precisamente una lectura diferente cual es la de sustentar la intención de que la relación tuviera una permanencia. A ello se añade que el episodio de violencia ocurrido guarda una intrínseca relación con esa relación afectiva que había existido entre ambos.

Finalmente, es obligatorio hacer una sucinta referencia al segundo de los motivos de casación planteados, en el que en atención al artículo 849.2 de la LECr., se alega una errónea apreciación de las pruebas, ello en referencia a los informes periciales existentes en las actuaciones y de los que, a juicio de la parte recurrente, debería deducirse la existencia de una toxicomanía. Con independencia de las consideraciones que realiza el Tribunal Supremo respecto del valor procesal

de los informes periciales, lo significativo es la reiteración de su doctrina respecto a la apreciación de la atenuante de toxicomanía o drogadicción. Lo realmente trascendente no es el consumo de sustancias estupefacientes por una persona, sino que ese consumo tenga una incidencia en su imputabilidad, en sus facultades intelectivas o volitivas. El simple hecho de consumir anfetaminas sin que conste efecto alguno en las facultades del sujeto, no es motivo para fundamentar la aplicación de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.