

## MALTRATO FAMILIAR. LA CONVIVENCIA ENTRE EL SUJETO ACTIVO Y EL PASIVO

JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO  
*Fiscal*

**Palabras clave:** violencia de género, maltrato familiar, convivencia.

### **ENUNCIADO**

Luis contrata los servicios domésticos de Elena. Con el transcurrir del tiempo ambos deciden, esporádicamente, convivir en el domicilio laboral los días de libranza (de sábado a lunes). En uno de esos escasos periodos de tiempo de convivencia los dos discuten. Luis empuja y zarandea en reiteradas ocasiones a Elena, causándola una lesión no definida como delito en el Código Penal.

La denuncia de los hechos por Elena da lugar a un juicio por delito y no por falta y a la condena de Luis por la declaración exclusiva de la víctima como prueba en contra.

### CUESTIONES PLANTEADAS:

1. La convivencia de Luis y Elena, ¿tiene alguna trascendencia jurídico-penal?
2. ¿Es delito o es falta?
3. ¿Sirve para destruir la presunción de inocencia la exclusiva declaración de la víctima?

### **SOLUCIÓN**

1. Se observa que ha transcurrido un tiempo y que la relación entre ambos va más allá de lo estrictamente laboral. Pero es evidente que no se trata de una relación análoga de convivencia per-

manente, ni tiene las connotaciones de la vida marital *more uxorio*. No estamos en la situación de cónyuge o pareja. Pero el derecho penal ha evolucionado y ha distinguido entre el hecho no delictivo producto de la discusión entre los dos y el hecho falta producto de la discusión entre los dos. Unas acciones que no constituyen delito pueden ser delito y unas acciones que no constituyen delito pueden ser falta. Se establece así la necesaria relación entre esta pregunta y la siguiente, porque si la relación existente entre Luis y Elena se concreta, desde el punto de vista jurídico-material, en una relación análoga de afectividad a la del matrimonio, aun sin convivencia, entonces la respuesta penal a las acciones ilícitas desplegadas es diferente.

Planteado así el asunto, sucede que la jurisprudencia ha ido construyendo toda una literatura jurídica acerca de qué debe entenderse por análoga relación de afectividad aun sin convivencia. Las situaciones fácticas entre las parejas que no conviven en el mismo techo de manera permanente, pero que comparte un proyecto de futuro, de unidad, de fidelidad, etc, son situaciones tutelables. El noviazgo como situación afectiva de relación humana que trasciende de lo superficial. Situaciones análogas que, no obstante carecer de la nota de convivencia efectiva y permanente, no pueden quedar al margen de una especial protección, como así ocurre con la familia tradicional o con el matrimonio tradicional.

El Tribunal Supremo viene considerando que no toda relación de esta naturaleza es susceptible de encontrar acomodo en el artículo 153 del Código Penal. Pero también es verdad que, aun no existiendo convivencia permanente entre la pareja, sí hay cierta convivencia de fines de semana, acordada entre ambos, con vocación de continuidad y de afectividad mutua. En tales supuestos, también es constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo que sí advierte coincidencia en los distintos pronunciamientos, al entender que «determinadas relaciones de noviazgo, sin que medie convivencia entre los novios, deben quedar amparados en el ámbito de la protección penal y procesal de la violencia de género».

En consecuencia, será una cuestión de hecho a probar en el juicio si el supuesto encaja en el artículo 153 del Código Penal, por su intensidad, estabilidad, número de hijos, incluso se atiende a razones de tipo económico (cargas, adquisición de vivienda...). Y si resulta de la prueba, se aplica el artículo 153 del Código Penal, por merecer la protección de la violencia de género.

## 2. La conducta descrita, ¿es delito o es falta?

El artículo 153 del Código Penal castiga como delito las conductas que consistan en golpear o maltratar «de obra a otro sin causar lesión». También sanciona el precepto las conductas que produzcan un menoscabo psíquico o una «lesión no definida como delito en este código».

A su vez, el inciso final del artículo 153 reenvía al 173.2 (dentro de los delitos contra la integridad moral), en cuanto a las personas exceptuadas en el artículo anterior.

Con estas dos premisas definidoras de una conducta constitutiva del delito, observamos que las acciones de Luis consisten en zarandear a Elena «causándola una lesión no definida como delito en el Código Penal».

Si nos fijamos en el artículo 617 del Código Penal, la conducta de zarandear a otra persona causándola «una lesión no definida como delito en este código» está igualmente contemplada, literalmente definida como en el supuesto del artículo 153.

En consecuencia, pudiendo ser el zarandeo un maltrato de obra sin causar lesión o una lesión (como es el caso) no definida en el código como delito, no hallamos en el tipo penal diferencia alguna jurídico-material entre el delito y la falta. Solo razones de política criminal han aconsejado que, en los casos descritos en los artículos 153 y 173.2 en cuanto al tipo de personas-sujetos pasivos se refiere, por una especial protección de las singulares víctimas, se consideren conductas delictivas aquellas que, en las demás personas comunes serían falta.

Es la relación de personas descritas en los dos tipos penales la que delimita el delito por lesiones no definidas como tal delito en el código. De ahí que la Jurisprudencia hay ido elaborando toda una doctrina de la convivencia, a fin de equiparar ciertas relaciones personales a la del matrimonio común, con las connotaciones ya descritas en la pregunta anterior.

La conducta de Luis merece, por tanto, el reproche penal de un delito del artículo 153 de maltrato, pues se considera que su relación personal con Elena es de «análoga relación de afectividad, aun sin convivencia». No es, pues, falta, porque no es un delito común.

3. Sucintamente se dice en la narración que «la denuncia de los hechos por Elena da lugar a un juicio por delito y no por falta y a la condena de Luis por la declaración exclusiva de la víctima como prueba en contra». La declaración única de Elena, contraria (se supone) a la de Luis ha servido para destruir la presunción de inocencia de Luis.

Para llegar a la convicción jurídica de que unos hechos se han producido y de la culpabilidad de Luis con la declaración exclusiva de la víctima, es necesario partir del aserto, algunas veces utilizado por la jurisprudencia, de que, en este tipo de delitos (como sucede frecuentemente en otros, por ejemplo, de naturaleza sexual), la soledad de la acción sin testigo alguno es norma y no excepción. No suele haber testigos, terceras personas, de las agresiones. El hecho se produce, bien inopinadamente, bien en la soledad del lugar.

Al hecho cierto anterior le añadimos la necesidad de garantizar la declaración de la víctima con unos mínimos procesales durante la contradicción y en el desarrollo de la vista oral. Se declara ante el juez y se vuelve a declarar en la vista oral. Se declara o manifiesta en la denuncia, etc.

Para que el testimonio de Elena sea vinculante y enerve la presunción de inocencia, se exige la concurrencia de los criterios que exponemos:

- a) La ausencia de incredibilidad subjetiva. No debe haber sospecha de venganza o de proceder espurio en la declaración de la víctima. Cualquier dato que permita conocer la enemistad previa, el resentimiento, etc., impide valorar la voluntad de la víctima sin mácula alguna.

- b) Además es preciso que el testimonio prestado sea verosímil. Es decir, lo manifestado por la víctima debe ser corroborado por elementos objetivos periféricos. Lo declarado no es fantasía, sino que confirma otros hechos o circunstancias del caso.
- c) La persistencia en la incriminación tiene importancia, porque no es decir o declarar aisladamente hechos o datos novedosos, sino ser contumaz y persistentes en las argumentaciones vertidas y previamente ya indicadas, sin ambigüedades no contradicciones.

En conclusión, la condena de Luis sería aceptable y no vulneraría la presunción de inocencia cuando se dieran los requisitos definidos. Como el caso no define el comportamiento ni el contenido de Elena en su declaración, la respuesta a la pregunta queda abierta a la imaginación del lector, con un resultado negativo o positivo a la posible vulneración del derecho fundamental invocado en el artículo 24 de la Constitución Española, en función de la representación que de Elena, a lo largo del procedimiento penal hasta el desarrollo de la vista oral, quiera suponer quien así se entretenga.

#### SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP) , arts. 153, 173.2 y 617.
- STC 201/1989.
- SSTS de 21 de enero de 1988, 30 de enero de 1999, 3 de diciembre de 2004 y 8 de junio de 2005.
- AAPP de Barcelona de 7 de julio de 2004 y de Segovia de 1 de marzo de 2005.