



## **LA INTERPRETACIÓN DE LA ANALOGA RELACIÓN DE AFECTIVIDAD, “AUN SIN CONVIVENCIA”.-**

### **I.- INTRODUCCION :**

#### **I.a).-Identificación del problema :**

La violencia de género presenta contornos específicos que la diferencian del resto de las violencias que tienen lugar en el ámbito doméstico o intrafamiliar.

Uno de ellos es el de su ámbito temporal, por cuanto que, mientras que la violencia doméstica tiene lugar dentro del núcleo de convivencia que relaciona al agresor con los diferentes grupos de sujetos pasivos que determina el artículo 173.2 del Código Penal, y mientras tal situación subsiste, la violencia de género tiene una proyección temporal mucho más amplia, puesto que la misma se despliega, con frecuencia, hasta mucho después de finalizada la relación de pareja, o, incluso, puede llegar a recrudecerse a partir de la ruptura de la relación, precisamente, y comienza, en no pocas ocasiones, incluso antes de que se llegue a consolidar la relación de pareja mediante el vínculo del matrimonio o de que llegue a producirse la convivencia *more uxorio*, en esos momentos incipientes o de formación de una pareja, que, sociológicamente, hemos venido conociendo, y aún denominando, como la fase de noviazgo.

Sin embargo, no siempre han resultado inculdas las mujeres que sufrían violencias por parte de sus ex cónyuges o ex parejas, o por sus novios u otras parejas estables no convivientes dentro del círculo de las posibles víctimas de la violencia doméstica, donde quedaba integrada, penalmente, la violencia de género hasta la entrada en vigor de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género. Veamos su evolución.

### I.b.) - Evolución legislativa :

La Ley Orgánica 3/1.989, de 21 de junio contempló, por primera vez, de forma específica, el delito de violencia doméstica habitual, para lo cual creó un tipo penal en el capítulo de las lesiones, el artículo 425, para castigar al que habitualmente y con cualquier fin, ejerciera violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, y otros miembros del núcleo familiar, y que, además del limitado núcleo de los posibles sujetos pasivos, al no especificar qué debía entenderse por habitualidad, planteaba no pocos problemas interpretativos, acudiéndose, generalmente, a la definición que se recogía en el artículo 94 del Código Penal, conforme al cual se consideraban reos habituales los que hubieran cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo Capítulo, en un plazo no superior a dos años, y hayan sido condenados por ello, lo que ciertamente convertía en muy difícil, si no en imposible su aplicación práctica.

El nuevo Código Penal de 1.995, en su artículo 153, mantiene la figura penal con algunas mejoras técnicas y un endurecimiento de la penalidad disponiendo que "el que habitualmente ejerce violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivieran o que se hallen sujetos a la potestad, tutela o curatela, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 3 años sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare."

Este artículo fue modificado por las Leyes Orgánicas 11 y 14/ 1.999 de 30 de abril y de 9 de junio de modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos, que, con el confesado propósito de mejorar el tipo penal otorgando una mayor y mejor protección a las víctimas, conforme enuncia en su Exposición de Motivos, ha introducido diversas reformas tanto en el Código Penal como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que, en el precepto penal comentado introduce una serie de modificaciones que le permiten una real aplicación práctica, de lo que había carecido hasta entonces, ya que va a incluir también la violencia psíquica, ofrece una descripción de qué es la habitualidad a estos efectos, estableciendo que el juez debe determinar en cada caso los hechos que considere suficientes para apreciar o no esa habitualidad; que pueden ser considerados a estos efectos tanto si son delitos como faltas; no tienen que estar cometidos contra la misma víctima, y es independiente que exista o no una sentencia o un enjuiciamiento anterior, y, en lo que se refiere al tema que venimos comentando, se amplía el número de personas que forman el grupo familiar de la violencia doméstica, para incluir, también a quien en un pasado hubiera sido cónyuge o persona ligada con análoga relación de afectividad, *de forma estable*.

Pero ha sido por medio de las reformas operadas por la Ley Orgánica 11/2.003, de 29 de septiembre, de Medidas concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de Extranjeros, así como la Ley Orgánica 15/2.003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1.995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que ha entrado en vigor en octubre de 2.004, cuando se han producido avances legislativos extraordinariamente importantes en esta materia, debiendo citarse la. Las reformas plasmadas en los textos de estas leyes fueron reflejo de la importancia dada a los malos tratos, y atendieron a las Conclusiones emitidas el 13 de marzo de 2.003, por la Subcomisión creada en el

Congreso de los Diputados encargada de formular medidas legislativas para dar una respuesta integral frente a la violencia de género.

Entre otras medidas, se elevó a delito toda agresión en el ámbito de la violencia doméstica, pasando a integrar tales hechos el delito de maltrato en el ámbito familiar o de violencia doméstica, que constituye el nuevo tipo penal del artículo 153 del Código Penal, incluido en el capítulo de las lesiones, y que, en una más adecuada integración sistemática del tipo penal que examinamos, incluyó el delito de malos tratos habituales, que pasa a configurarse en el artículo 173.2 del Código Penal, entre los comprendidos en el Título Séptimo del Libro II, denominado “*de las torturas y otros delitos contra la integridad moral*”, dando a la violencia de género su importancia real.

Se amplió, además, el círculo de víctimas incluido en el delito de malos tratos para incorporar a aquéllos que habían sido omitidos, aún estando dentro del ámbito doméstico necesitado de protección. Concretamente se amplió la protección a los hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, a los descendientes (no sólo hijos, sino también a los nietos), a los menores y cualquier otra persona integrada en el grupo de convivencia y, a aquellos que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidos a custodia en centros públicos y privados. Asimismo se abrió la posibilidad de que el Juez o Tribunal sentenciador acuerde la privación de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento del maltratador y se mejora sensiblemente la pena de alejamiento mediante la ampliación de la misma, su imposición preceptiva y complementaria en todos los casos de condena por delitos de violencia doméstica y el aseguramiento de su vigencia durante los posibles permisos penitenciarios que correspondan al penado.

Por lo que se refiere a las relaciones de pareja, la LO 11/2.003, de 29 de septiembre, opera la más importante modificación en cuanto al círculo de las posibles víctimas, que ha permanecido invariable, como ámbito propio y específico de la violencia de género, tras la promulgación de la LO 1/2..004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, al suprimir, en las relaciones análogas de afectividad a la conyugal, la exigencia de estabilidad, y añadir que se extiende a ellas, aunque no medie entre el sujeto activo y el sujeto pasivo la relación de convivencia.

Y así, tras la reforma operada por la Ley Integral en último lugar referida, la violencia de género, ya sea expresada en forma de malos tratos puntuales (artículo 153.1 CP), lesiones (148.4 CP); amenazas (171.4 CP); coacciones (172.2 CP) y malos tratos habituales (173.2 CP), es la que tiene lugar “*cuando la ofendida sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él (el autor) por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia...*”

El legislador ha querido venir, con ello, a dar respuesta a aquéllas situaciones de violencia que, constituyendo una evidente expresión de violencia de género en el ámbito de las relaciones afectivas o de pareja, aún no habían sido contempladas, puesto que se trataba de supuestos en los que existe una especial vinculación o unión que va más allá de la simple relación de amistad, pero que no quedaban inmersos en una unión de hechos, por falta de ese elemento de la convivencia.

Pero no podemos dejar de reconocer, con la opinión unánime de los distintos operadores jurídicos, que no ha estado muy acertado en la redacción del tipo, lo que

ha generado una enorme disparidad de criterios a la hora de interpretar a qué se refiere el legislador, qué tipo de relaciones de pareja están incluidas en dichos tipos penales, especialmente en lo que se refiere a la última expresión “*aún sin convivencia*”, que parece aludir, en esencia, a las relaciones de noviazgo.

## **II.-DIFERENTES CRITERIOS INTERPRETATIVOS :**

Recientemente, el Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género del CGPJ concluía un estudio sobre la aplicación de la Ley Integral por las Audiencias Provinciales, sobre una muestra representativa de las sentencias dictadas por estos órganos judiciales en el período comprendido entre el 1 de enero de 2.007, y el 31 de marzo de 2.008, que abordaba, entre otros aspectos, el análisis de la interpretación de la expresión “análoga relación de afectividad, sin convivencia” a la que se refieren los tipos penales citados, para incluir o excluir la aplicación de la Ley Integral.

Concluíamos en dicho estudio que uno de los puntos que más discrepancias interpretativas ha originado en la aplicación de la Ley Integral ha sido la expresión legal “aún sin convivencia”, añadida a la de “análoga relación de afectividad”. Con la nueva terminología introducida, se ha pretendido englobar aquellas situaciones fácticas, cada vez más frecuentes, en las que la especial vinculación de pareja, de fidelidad, de unidad, de vocación de futuro, etc, no tenían el mismo trato por no existir convivencia bajo el mismo techo y que son igualmente situaciones tutelables por existir esa especial relación que trasciende lo personal, pasando por lo familiar y llegando al ámbito social.

Algunas de las sentencias estudiadas inciden en que el grado de asimilación a la relación conyugal no se ha de medir tanto por la existencia o no de un proyecto de vida en común sino por la comprobación de que comparte con aquélla la naturaleza de la afectividad que es donde la redacción legal pone el acento; a saber, la propia de una relación personal e íntima que traspasa con nitidez los límites de una simple relación de amistad por intensa que sea. En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, número 31/2.007, de 22 de enero, con cita de la Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Ávila, número 202/2.005, de 20 de diciembre, añadiendo que no debe obstar que en la relación no existieran “planes de futuro” pues, de ser así, pudo responder a múltiples causas, incluso ajenas a la voluntad de los interesados, tal y como la realidad social pone de manifiesto, no implicando dicho extremo merma de la intensidad en la relación ni en la afectividad que la acompaña.

La Sentencia de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid, número 466/2.007, de 11 de junio, entre otras, señala que determinar en qué supuestos la relación puede obtener tal calificación, por la existencia de circunstancias de hecho que permitan advertir ese plus que acredita la seriedad, estabilidad y vocación de permanencia de la relación, es una cuestión de hecho sujeta a la necesaria acreditación dentro del proceso penal.

Además, algunas de las sentencias estudiadas se hacen eco de que, en los distintos Seminarios de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y de los Magistrados destinados en Secciones de Audiencias Provinciales especializadas en violencia sobre la mujer, se han adoptado criterios uniformes, conforme a los cuales en los referidos preceptos estarían incluidos los novios, pero siempre que en la relación exista una evidente vocación de estabilidad, no bastando para cumplir las exigencias del mismo las relaciones de mera amistad o los encuentros puntuales y esporádicos.

#### II.a).-Análisis de los diferentes criterios interpretativos :

a) De las sentencias examinadas en el estudio, nos encontramos con que existen determinados pronunciamientos judiciales en los que se advierte un criterio muy restrictivo en la interpretación de la expresión que nos ocupa exigiendo, prácticamente, la concurrencia de todos y cada uno de los elementos que caracterizan a la relación matrimonial, excepción hecha, claro está, del requisitos de la convivencia.

Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 17 de marzo de 2.008, reiterando el criterio ya mantenido por este Tribunal en anteriores sentencias (sentencias de 3 y 1 de octubre de 2.007) reflexiona sobre la inclusión en el tipo del artículo 153.1 del Código Penal de una relación de pareja calificada por los propios implicados como de noviazgo, durante 1 año y 6 meses, señalando que *“La asimilación del matrimonio y las relaciones afectivas análogas, reclama que en éstas, aún cuando ya hayan cesado en el momento de los hechos, se identifiquen durante su desarrollo las necesarias notas de la continuidad y de la estabilidad. Por continuidad debe entenderse la habitualidad en el modo de desarrollar una vida en común, que viene a exteriorizar un proyecto de vida compartido, que es compatible con rupturas más o menos breves que no lleguen a oscurecer o desdibujar la existencia de un proyecto finalístico de vida en común; y por otro lado, la estabilidad exige una cierta perdurabilidad en el tiempo.*

*El problema que surge es cómo determinar si una pareja es continúa o estable. El legislador penal de 1.995, al incluir la fórmula extensiva en diversos preceptos, al igual que las posteriores reformas penales ha modificado el requisito de la relación permanente que se utilizó en la reforma de 1.989, prescindiendo de cualquier criterio objetivo de determinación como pudiera ser el transcurso de plazos. La ausencia de criterios objetivos de determinación obliga a acudir a la identificación de una voluntad de estabilidad que, como todo elemento subjetivo, ha de acreditarse a elementos y circunstancias externas que han de ser tratadas como indicios. Su pluralidad, lógica concomitancia y univocidad en la inferencia que se obtenga es lo que permitirá considerar acreditada la estabilidad –por ejemplo, otorgamiento de contratos comunes de arrendamiento o adquisición de vivienda, otro tipo de negocios comunes, existencia de cargas asumidas por los dos, cambios de residencia, cuentas bancarias compartidas, etc.-.*

*Como elemento de refuerzo cabe hacer referencia a la notoriedad o publicidad que supone el comportamiento exteriorizado de los sujetos como pareja y, por ende, su consideración como tal por el entorno. La convivencia en un mismo domicilio, de cuya exigencia prescinde el tipo penal, aunque no sea una nota constitutiva, ni se exija que concurra, no es obstáculo, en cambio, para apreciar con mayor facilidad las notas*

*definitorias de continuidad y estabilidad exigibles. Reiteramos que no basta cualquier relación personal o afectiva. La relación de análoga afectividad al matrimonio, equiparable a efectos del tipo penal, debe contener elementos que en términos sociales y normativos permitan identificar una misma razón protectora, que sólo cabe apreciar si la relación afectiva no matrimonial comporta elementos que la hagan materialmente similar al matrimonio.*

*El noviazgo, como estadio de relación personal o de afectividad, constituye una categoría socialmente abierta y sometida a un alto grado de relatividad en cuanto a sus caracteres definidores. No basta con identificar una relación de “noviazgo”, para sin otra consideración, otorgarle el mismo valor normativo que legalmente se atribuye al matrimonio. Incluso en los supuestos de relación de afectividad más estrecha se debe identificar la presencia de un proyecto de vida en común, aún cuando no se reclame la convivencia. Dicho proyecto pasa por la identificación de actos externos destinados a institucionalizar o a estabilizar dicha afectividad y vida compartida”.*

Además de en las referidas, no se estiman aplicables los referidos tipos penales, por considerar que no concurre la análoga relación de afectividad, en los siguientes supuestos fácticos:

. Una relación de 15 días en la que víctima y acusado dormían en un cajero (Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Alicante, número 101/2.007, de 2 de febrero).

. Una relación de pareja que está empezando (Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Alicante, número 99/2.007, de 2 de febrero).

. Una relación de noviazgo respecto de la que no consta que exista entre los sujetos un compromiso que permita asimilarla a la “comunidad de vida en intereses” característica del matrimonio o de la pareja de hecho *more uxorio* (Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Asturias, número 108/2.007, de 15 de mayo).

. Una relación afectiva de 3 meses a lo largo de la cual el acusado visitaba a la víctima con frecuencia en su casa y mantuvieron esporádicas relaciones sexuales (Sentencia de la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, número 37/2.007, de 9 de enero).

. Una relación sentimental respecto de la que no se acredita su intensidad y su grado de intimidad, confianza y compromiso (Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, número 83/2.007, de 19 de abril).

. Una relación sentimental respecto de la que no se prueba la frecuencia con la que la víctima y el acusado se veían, la intensidad de la relación ni la existencia o no de proyecto en común (Sentencia de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid, número 824/2.007, de 11 de octubre).

b) Otro grupo de las sentencias examinadas en el estudio, y, con carácter general, mantienen un criterio menos restrictivo, entendiendo que lo determinante no es la existencia de un proyecto o planes de futuro, ni siquiera la mayor o menor duración de la relación.

Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de noviembre de 2.007, que, a su vez, se hace eco de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 1 de marzo de 2.005, señala que *“Sin duda, no toda relación afectiva, sentimental o de pareja puede ser calificada como análoga a la conyugal, pero sí se advierte coincidencia en los pronunciamientos judiciales al entender que determinadas relaciones de noviazgo, sin que medie convivencia entre los novios, deben quedar amparados en el ámbito de protección penal y procesal de la violencia de género. Será una cuestión de hecho, sujeta a la necesaria acreditación dentro del proceso penal, la de determinar en qué supuestos la relación puede obtener tal calificación, por su intensidad, grado de compromiso, estabilidad, duración, hijos comunes, o, incluso, la existencia de determinadas obligaciones de carácter pecuniario (por ejemplo, la adquisición conjunta de una vivienda), que permita advertir ese plus que acredita la seriedad, estabilidad y vocación de permanencia de la relación”*.

En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 20 de diciembre de 2.005, refiere que *“en el presupuesto típico de ligamen por análoga (al matrimonio) relación de afectividad aún sin convivencia es admitido por la doctrina mayoritaria siempre que esas situaciones gocen de cierta duración y vocación de permanencia, que traspasen lo meramente episódico y la relación de simple amistad, conclusión que es preciable de la que nos ocupa, pues se desarrolló durante seis meses y fue una relación sentimental, sin que a ello obste que no existieran planes de futuro, pues, de ser así, pudo responder a múltiples causas, incluso ajenas a la voluntad de los interesados, como la realidad social pone de manifiesto, y no implica merma de la intensidad en la relación ni en la afectividad que la acompaña; en definitiva, se exige una relación con cierta intención de permanencia y quedando excluidas las relaciones de amistad y los encuentros esporádicos”*.

Resulta, del propio modo, de interés, el razonamiento contenido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 12 de diciembre de 2.007, que, con cita del Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de fecha 13 de mayo de 2.005, sostiene que *“El noviazgo, como estadio de relación personal, constituye una categoría definidora particularmente abierta y sometida a un alto grado de relatividad en cuanto a sus caracteres constitutivos...”*.

Asimismo, estiman aplicable la Ley Orgánica 1/2.004 por considerar que sí concurre análoga relación de afectividad, en los siguientes supuestos fácticos:

. Una relación de noviazgo, con sus correspondientes vínculos sentimentales entre las partes, de más de 2 años y medio de duración reconocida por el acusado y la víctima con independencia de si ha existido o no convivencia y/o relaciones sexuales (Sentencia de la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 10 de enero de 2.007).

. Una relación de noviazgo aun sin el propósito de compartir la vida en un futuro. Por el contrario, califica de excluibles una mera relación de amistad con algún escarceo amoroso esporádico o una relación sexual esporádica sin más implicaciones afectivas (Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Granada, número 175/2.007, de 9 de marzo).

. Una relación de noviazgo durante más de 1 año, seria y estable en la que se presentaban ante los demás como novios (Sentencia de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid, número 432/2.007, de 31 de mayo).

. Una relación de afectividad de 1 mes y medio admitida por el acusado. Éste tenía las llaves del domicilio de la víctima y pernoctaba de vez en cuando en él. La familia de la víctima entendía que la relación existente entre ésta y el acusado era de noviazgo (Sentencia de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid, número 466/2.007, de 11 de junio).

. Una relación de noviazgo estable de 1 año y medio de duración (Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valencia, número 136/2.007, de 29 de mayo).

. Una relación sentimental de una duración reconocida por el acusado de 1 mes y medio que fue de convivencia en tanto compartieron vivienda incluso con la hija menor de la víctima (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 1ª, núm. 35/2.008, de fecha 12 de febrero de 2.008).

. Una relación sentimental con convivencia respecto de la que el grado de asimilación a la relación conyugal no venía medido tanto por la existencia o no de un proyecto de vida en común sino por la comprobación de que comparte con aquélla la naturaleza de la afectividad que es donde la redacción legal pone el acento: a saber, la propia de una relación personal e íntima que traspasa con nitidez los límites de una simple relación de amistad por intensa que sea (Sentencia de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, número 31/2.007, de 22 de enero).

. Una relación sentimental con convivencia limitada a los fines de semana paralelamente a otra relación matrimonial (Sentencia de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, número 493/2.007, de 14 de junio).

. Una relación sentimental de una duración reconocida por el acusado de 1 año, sin convivencia pero con persistencia temporal en los encuentros personales y con viajes en común (Sentencia de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid, número 907/2.007, de 8 de noviembre).

#### II.b).- Relaciones extramatrimoniales :

En íntima relación con el extremo que acaba de exponerse, se encuentra el de la consideración de si las relaciones de carácter extramatrimonial en las que uno o incluso los dos miembros están casados con una tercera persona, puesto que para quienes consideren que la existencia de un proyecto de vida en común resulta necesario para estimar colmadas las exigencias del tipo, evidentemente, no considerarán incluidas estas relaciones en ninguno de los delitos comentados.

Sin embargo, existen diversas sentencias que admiten esta inclusión.

Así, la sentencia de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de noviembre de 2.008 (reiterando el criterio mantenido en la de 28 de septiembre de



2.007) señala que *“En el caso presente, se mantiene por el recurrente que el acusado se encuentra unido por matrimonio a una tercera persona, con la que convive, y ha tenido hijos, alegato que no puede entenderse bastante para denegar a la víctima la protección que le otorga el artículo 153 del Código Penal, pues, aunque el acusado haya declarado que la relación que le unía con la perjudicada era de simple amistad, aunque también reconociese haber mantenido con la misma relaciones sexuales en alguna ocasión, la declaración de la denunciante sosteniendo que le unía al acusado una relación desde hacía más de un año, y que esta relación no sólo se limitaba a un ámbito de encuentros sexuales ocasionales, sino a visitas constantes del acusado al domicilio de la denunciante, para comer, merendar y/o acostarse, extremos que también puso de manifiesto el testimonio de la compañera de piso de la víctima al declarar en el acto del plenario haber visto varias veces en la casa, y asimismo, pernoctar en el referido domicilio, ha de conducir a ratificar las consideraciones expuestas por el juzgador a quo”*.

En el mismo sentido, las sentencias de la Audiencia Provincial de La Rioja de 27 de noviembre de 2.007, que sostiene que *“la existencia de un matrimonio con otra persona, de uno o de otro, no impide la concurrencia de una relación de afectividad entre agresor y víctima, a la que se refiere el tipo penal”*.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 14 de junio de 2.007, que considera dentro de la aplicación de los tipos penales examinados el supuesto de un hombre que convivía los fines de semana con una mujer, paralelamente a una relación matrimonial.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 15 de enero de 2.009, que estima incluidas las relaciones de una pareja que mantenía relaciones extramatrimoniales de diez años de duración, razonando que *“Ciertamente, no son pocas las resoluciones de Audiencias Provinciales que niegan que tales relaciones adúlteras, es decir aquéllas en las que uno o ambos componentes se encuentran casados con una tercera persona con la que mantienen la convivencia, puedan entrar en el ámbito intersubjetivo de los tipos específicos de violencia de género, sea por la carencia de un proyecto de vida en común, sea por negar de antemano que entre los amantes adúlteros pueda darse el grado necesario de estabilidad e intensidad afectiva de la relación....nuestro juicio es claro...en el seno de una relación adúltera si se dan los ingredientes necesarios de intensidad afectiva, contacto frecuente y duración temporal, por lo que pueden concurrir perfectamente, y la experiencia demuestra que así ocurre, los mecanismos de dominio y control característicos de la violencia de género...;y, por otra parte, abstracción hecha del dato contingente de que uno de los miembros de la pareja, o los dos, tenga a la vez un vínculo conyugal o de hecho con otra persona, el contenido de la relación entre los miembros de la pareja adúltera no es esencialmente distinto de la existente entre parejas cuyos miembros no están casados con terceros pero que no por ello tienen intención de formar entre sí un núcleo de convivencia habitual.”*

Finalmente, hemos de traer aquí la reciente Sentencia del Tribunal Supremo número 510/2.009, de 12 de mayo, (Ponente, Marchena Gómez, Manuel) que desestima el invocado por el recurrente error de derecho en el juicio de subsunción, por aplicación indebida de los artículos 153.1, 169.2 y 173.2 del Código Penal, dado que la Sala de instancia había tenido por probada indebidamente la existencia de una relación de pareja con estabilidad suficiente a efectos punitivos", declarando en el

apartado correspondiente de hechos probados que : "... Juan Francisco y Antonieta mantenían una relación de pareja desde septiembre del año 2000, sin compartir domicilio con carácter habitual pero manteniendo relaciones sexuales y presentándose públicamente como novios en diferentes ámbitos, habiendo convivido plenamente en períodos de corta duración, bien en casa de Antonieta , bien en casa de los padres de Juan Francisco , bien en una habitación que se alquiló a nombre de Juan Francisco en junio de 2005 en la Avda.. del Cid de la ciudad de Valencia. Pese a ser relativamente frecuente que discutieran y llegaran a plantearse abandonar la relación incluso en un par de ocasiones cada mes, ésta se reanudaba inmediatamente, de forma que puede afirmarse su continuidad durante este período de tiempo".

La sentencia del Tribunal Supremo señala que "No resulta fácil, desde luego, dar respuesta a todos y cada uno de los supuestos que la práctica puede ofrecer respecto de modelos de convivencia o proyectos de vida en común susceptibles de ser tomados en consideración para la aplicación de aquellos preceptos. La determinación de qué se entiende por convivencia o la definición de cuándo puede darse por existente una relación de afectividad, desaconseja la fijación de pautas generales excesivamente abstractas. No faltarán casos en los que esa relación de afectividad sea percibida con distinto alcance por cada uno de los integrantes de la pareja, o supuestos en los que el proyecto de vida en común no sea ni siquiera compartido por ambos protagonistas. En principio, la convivencia -ya sea existente en el momento de los hechos o anterior a éstos-, forma parte del contenido jurídico del matrimonio. No se olvide que conforme al art. 69 del Código Civil, la convivencia se presume y que el art. 68 del mismo texto señala entre las obligaciones de los cónyuges vivir juntos. La convivencia es también elemento esencial de las parejas de hecho, incluso en sus implicaciones jurídico-administrativas.

Sin embargo, no pueden quedar al margen de los tipos previstos en los artículos. 153 y 173 del Código Penal situaciones afectivas en las que la nota de la convivencia no se dé en su estricta significación gramatical -vivir en compañía de otro u otros-. De lo contrario, excluiríamos del tipo supuestos perfectamente imaginables en los que, pese a la existencia de un proyecto de vida en común, los miembros de la pareja deciden de forma voluntaria, ya sea por razones personales, profesionales o familiares, vivir en distintos domicilios. Lo decisivo para que la equiparación se produzca es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro. Quedarían, eso sí, excluidas relaciones puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar lo móviles del agresor. En definitiva, la protección penal reforzada que dispensan aquellos preceptos no puede excluir a parejas que, pese a su formato no convencional, viven una relación caracterizada por su intensidad emocional, sobre todo, cuando esa intensidad, aun entendida de forma patológica, está en el origen de las agresiones.

De acuerdo con estas ideas, los hechos han sido certeramente calificados por la Sala de instancia. Aun si diéramos por probada la circunstancia de que el acusado Juan Francisco tuviera relaciones con otras mujeres, nada de ello obstaculizaría la valoración que ha hecho el órgano decisorio acerca del vínculo afectivo que mediaba entre el recurrente y Antonieta. Tampoco alteraría la corrección del juicio de tipicidad el hecho de que esa relación se llegara a romper -como enfatiza la defensa- una o dos veces cada mes o que la propia víctima no calificara su vínculo como noviazgo, sino

como relación afectiva. El debate sobre qué etiqueta semántica mereciera la unión entre Juan Francisco y Antonieta no deja de ser puramente nominal. No demuestra el error jurídico que se atribuye al Tribunal a quo. Nada añade el hecho de que el recurrente afirmara que ambos eran "...más que amigos y menos que novios". La sentencia dedica buena parte de su FJ 3º a motivar la inferencia de la Audiencia acerca de la relación de noviazgo entre agresor y víctima. Allí se hace una glosa del testimonio que prestaron los diferentes testigos, algunos de ellos familiares del acusado. De forma conclusiva, proclaman los Jueces de instancia que "...considerando los testimonios de Juan Francisco y de Antonieta , así como los de los testigos llamados a declarar sobre este extremo, no cabe duda de que la relación entre ambos era una relación estable de pareja, manteniendo relaciones sexuales y presentándose públicamente como novios, conviviendo ocasionalmente bien en casa de ella, bien en casa de él, bien incluso en casa de los padres de Juan Francisco (como han reconocido estos mismos)".

Con esta sentencia, el Tribunal Supremo viene a consolidar el criterio menos restrictivo de los que hemos examinado, y, dados los razonamientos expresados, también parece admitir la posibilidad de que resulten incluidas las relaciones extramatrimoniales a que nos hemos referido en último lugar.

### **III.-PROPUESTAS DE REFORMA :**

Sin duda resulta difícil acotar el ámbito de aplicación de los tipos penales que constituyen la expresión de la violencia de género a aquéllas relaciones afectivas, sentimentales, o de pareja, caracterizadas por la circunstancia de la falta de convivencia entre agresor y víctima, el sujeto activo y la sujeto pasivo del delito, y puede que, como dice la STS en último lugar citada, la realidad desaconseje la fijación de pautas generales excesivamente abstractas.

Pero por otra parte, no resulta acertado limitar la interpretación de la expresión legal "*análoga relación de afectividad (a la conyugal) aún sin convivencia*" a las relaciones de noviazgo, a las que, de forma prácticamente unánime, se viene entendiendo que se refiere el precepto, y que es un concepto, por otra parte, tan impreciso y cambiante como sometido a diferentes apreciaciones en virtud de múltiples factores y referencias de orden sociocultural.

Entiendo, por el contrario, que lo verdaderamente determinante a la hora de determinar las relaciones afectivas que deben entenderse incluidas, es la precisión que introduce la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2.004, de 28 de diciembre, cuando determina que "*el maltrato en el seno de las relaciones de pareja constituye uno de los tres ámbitos básicos de relación de la persona en los que suele producirse la aparición de la violencia de género*". Por ello, debemos huir de criterios excesivamente rigoristas y restrictivos, entendiendo que resultarán incluidas todas aquéllas relaciones personales e íntimas, que traspasan la simple relación de amistad, por intensa que ésta sea, y en las que se advierta la existencia de una cierta estabilidad y continuidad en la relación.

Pese a las dificultades que ello puede llevar consigo, entiendo que resultaría aconsejable efectuar una redacción de los tipos penales examinados que evitara la dispersión interpretativa en que nos movemos, con sustento, todas ellas, en razones igualmente sólidas y consistentes en cada uno de los casos enunciados.

Así, cuando los tipos penales aluden a la vinculación de los sujetos mediante *“una análoga relación de afectividad a la conyugal”* no pueden obviarse los términos de la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 12 de septiembre de 2.005, que sintetizando la jurisprudencia de dicha Sala nos dice que *“las uniones more uxorio, cada vez más numerosas, constituyen una realidad social que, cuando reúnen determinados requisitos –constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial- han merecido el reconocimiento como una modalidad de familia, aunque sin equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe trasponerle el régimen jurídico de éste, salvo algunos de sus aspectos”*.

De ello infieren algunos intérpretes que, salvo el requisito de la convivencia, por tanto, excluido expresamente en los tipos penales, la inclusión de estas relaciones de pareja sólo resultaría justificada si concurrieran el resto de notas o elementos que caracterizan a la relación conyugal, conforme a los artículos 67 y 68 del Código Civil. (de convivencia, fidelidad, socorro mutuo, respeto recíproco, actuación en interés de la familia...).

Pero incluso en la más amplia de las interpretaciones, a que se ha aludido ampliamente, y en la que parece inscribirse la muy reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2009, no cabe incluir dentro de ese ámbito de aplicación a aquéllas relaciones ocasionales o meramente esporádicas, o de mera amistad entre un hombre y una mujer, en las que existan contactos sexuales más o menos reiterados, porque de ninguna de tales relaciones puede predicarse la analogía con la relación conyugal que define los deferentes tipos penales.

Estimo, sin embargo, que en tales casos, y aún cuando no nos encontremos ante lo que pudiera calificarse comúnmente como una relación convencional, la violencia ejercida por el agresor contra la mujer que se encuentra en tal situación, no sólo es posible, sino que es, precisamente, lo habitual, que se encuentren presentes los mecanismos de control y dominación característicos de la violencia de género a que se refiere la Ley Orgánica 1/2.004.

Tampoco deja de encontrarse presente en este tipo de relaciones la circunstancia de que la víctima debería esperar de la persona con la que se encuentra en una situación de especial intimidad, bien se trate de relaciones en las que exista una mayor intensidad afectiva o únicamente sexual, un mayor grado de respeto que el que cabría normalmente atribuir al común de las personas con las que no se relacione en tal forma, lo que la convierte en una víctima especialmente vulnerable, acentuando su indefensión, al igual que evidentemente facilita al agresor tanto la ejecución como la impunidad del hecho, lo que implica que también aquí se encontraría presente ese plus de antijuridicidad que justificaría, sobradamente, la extensión a estos supuestos de la agravación específica examinada.

La descripción que se efectúa en los tipos penales no es, precisamente, una exacta equivalencia del concepto de violencia de género que constituye su objeto, en la tantas veces repetida Exposición de Motivos de la LO 1/2.004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género que, como se ha señalado, alude a “*las relaciones de pareja*”, cuya descripción final, en el articulado de la misma, como de relaciones conyugales o de análoga significación a éstas, aún sin convivencia, establece una restricción que no se justifica ni desde el punto de vista sociológico (estamos, como se ha visto, ante conceptos sometidos a un grado de relatividad especialmente intensa, y particularmente abiertos en cuanto a sus caracteres constitutivos) ni tampoco desde el criminológico, habida cuenta de los elementos cualificadores de la violencia, concurrentes en tales casos.

Es por ello que estimo que cabría hacer una doble propuesta de reforma, porque no sólo nos encontramos ante la exigencia de una necesaria precisión de los contornos de las relaciones de pareja incluidas en el ámbito de aplicación de los tipos penales contemplados en la LO citada, sino ante la consideración de que deberían incluirse dentro de los mismos a todos aquéllos supuestos en los que la violencia de género se encuentra presente, para que ninguna de las víctimas quede fuera de la protección penal reforzada que la misma dispensa a los sujetos pasivos de estos delitos.